

〔論 説〕

家族とは何か¹⁾

—家屋賃借権の承継の問題を一つの手がかりとして—

西村 真理子

I はじめに

なぜ日本法における家屋の賃借権の承継に関する内縁の妻子らの居住を保護する問題を改めて取り上げたかといえば、家族とは何かを解明する一つの手がかりとなる問題だと思われたからである。そして、ある文献によれば、今後増えるであろうと思われる事実婚のカップルに対応するためにもこの問題を取り上げる意義が引き続きあるとのことである²⁾。

本稿では、まず日本法における問題の所在を確認してから、日本法の判例、学説、借地借家法の考え方を概観し、その後アメリカ法の関係箇所を一瞥して、最後にこの問題について、何を重視して解決を図るかという観点から、家族とは何かという問いの答えに迫るべく、簡単に比較検討、まとめを試み、家族結合のあり方、今後の課題についても言及したいと考えている。

II 日本法

1 日本法における問題の所在

家屋賃借権は財産権とされ、その相続は民法上当然のこととされているため³⁾、賃借人が死亡すると相続が開始し、死亡した賃借人と同居していなくても、相続によりその相続人が家屋賃借権を承継するため、同居していた内縁の妻子や相続人でない他の親族が、相続人や賃貸人から家屋の明け渡し等を請求されて、その居住を奪われるという事態が生じる場合もありうる。これは、戦後の住宅難の激化、および改正民法の均分相続制の影響により問題として論ぜられるようになり、特に賃借人の内縁の妻が引き続き賃借家屋に居住できるかという問題として具体的に表面化した。この問題についてどのような解決を図るかがここでの課題である。

2 判例の考え方

家屋賃借権の承継で、死亡した賃借人の共同生活者が、内縁の妻子や相続人でない親族で、賃貸人や相続人から家屋の明け渡しを請求された場合、この者たちの当該家屋への居住はどうなるか、という問題について、判例の大勢は、相続を全面的に認め、権利のない同居人は賃借人の賃借権を援用して明け渡し請求をしてきた賃貸人などに居住を対抗でき、この法律関係は賃借人死亡後その権利が相続人に相続されてもなんら変わりがないとしている⁴⁾。その根拠は、権利のない同居人（たとえば内縁の妻）は賃借人（たとえばその夫）を中心とする家族共同生活体の構成員の一員であるという点にある。いわゆる援用理論である。これについては、相続人がいない場合（借地借家法で解決）、相続人が相続を放棄した場合、相続人が内縁の妻子などの同居家族の居住を否定した場合、相続人の債務不履行により契約が解除された場合、相続人に対し賃貸人が解約申し入れすれば正当事由が認められる余地が

高い場合、一端相続人が相続したがその後相続人が死亡し他にまったく相続人がいなくなった場合などに問題があると批判されたが、この批判に対して判例⁵⁾は、相続財産法人に帰属した賃借権を援用することが出来るとか、特別の事情がない限り内縁配偶者らの居住は拒否できないとか、賃借権の放棄は無効であるなどと解してしのいできている。しかしながら、援用理論は、「究極的には他人（つまり相続人）の権利に乗せて内縁寡婦などの居住を保護しようというフレームであるから、右他人との共同関係に透き間ができてくると、それだけほころびが見えてくる」⁶⁾と指摘されるように、この欠点を完璧に克服することは難しいものと思われる。

この援用理論を踏まえた上で、援用者の地位を占有補助者とした最高裁の判例がある⁷⁾。まず、賃借人が占有補助者によって賃借物にした行為につき、特段の事情のない限り、賃貸人に対して責任を負うものと解した上で、賃借人がその占有補助者として家屋に居住させているものが家屋を無断転貸したとして家主が賃借人に対して賃貸借契約解除の意思表示をした場合には、その意思表示当時借家法一条ノ二の正当事由が存在しているときには、右意思表示は同時に同法同条による解約申し入れとしての効力をも生じているというべきであるとして、占有補助者のした無断転貸は家主と賃借人との間の賃貸借契約の解除原因になると共に、占有補助者に対する解約申し入れになると判断した。

このように、判例の大勢は援用理論だが、援用理論に食指を動かしながらも、家屋賃借権の承継や共同生活者である内縁の妻の居住の存続について、異なる考え方を示す判例もある⁸⁾。たとえば、家屋賃借権の承継について、一応相続による移転を認めながらも、住宅用家屋の賃借権については別の考察を加える必要があるとして、住宅用家屋の賃借権は家屋の現実の利用関係を離れては考えられない権利であるから、賃借人の相続人が相続当時において別の家屋に居住し、被相続人たる賃借人ならびにその共同生活者ら生活上なら関係なく、当該家屋に同居の必要も利益もなく、また当該家屋の賃借

権と一体となった財産的利益（たとえば営業的權益）もないような場合には、家屋賃借権は相続の客体とならないとしたものがある。そして共同生活者の居住の存続については、その居住の存続は家屋賃貸借契約の内容として当然に包蔵されたもので、一般に共同生活者のうち代表的立場にあるもの（たとえば世帯主的立場にあるもの）が死亡した賃借人の地位を承継すると解して、内縁の妻にその地位を認めたのである。

又、別の判例で、家屋賃借権の承継について、元来権利は利益あるところに帰属すべきものであるから、住居の賃借権はこれを相続する利益を有する相続人のみこれを相続するものと解すべく、民法所定の相続人が全て一様にこれを相続するものとなすべきでない、すなわち、住居の賃借権は被相続人と世帯を一にし継続共同して当該家屋を支配的に利用してきた相続人に限りこれを相続するの利益を有し、したがって該賃借権を相続するにいたるものと解するを相当とするとした上で、死亡した賃借人の二人の兄弟のうち、一人は賃借人の看護のための一時的上京で、もう一人は賃借人と同じ家屋に住んでいたが、家族と共に別世帯を営んでいたものに過ぎないから、両名は共に賃借人の賃借権を相続する利益あるものに該当しないとして、相続を認めなかったものがある⁹⁾。しかしながらこの判例は、その後控訴審において、相続人は相続の限定承認もしくは放棄をなさざる限り相続により賃借権を承継し、賃借人たる地位を取得すべきものと解するを相当すると判示されて覆された¹⁰⁾。

又、死亡した賃借人の相続人による家屋賃借権の相続を前提としながらも、死亡した賃借人の内縁の妻に対して相続権のないことを理由として、賃借権の非承継を主張してその居宅の明け渡しを請求することは、内縁関係が婚姻に準ずる関係にある事実に鑑み、特別の事情のない限り、いわゆる権利の濫用として許されないものと解するのが相当であるとした判例がある¹¹⁾。

3 学説の考え方

学説には、家屋賃借権の承継における賃借権者を、死亡した賃借人と内縁の妻子などを含む一定の家族集団と見て、住宅用家屋賃借権は相続人が相続するのではないとする、家屋賃借権は家族集団に帰属するものとする発想に基づく考え方¹²⁾、賃借権者は死亡した賃借人であり、家屋賃借権は相続の原理に服し相続人が相続するという考え方¹³⁾、家屋賃借権を二面に分けて捉え、一面では相続人の相続取得を認め、他面では内縁の妻子らの承継を認める考え方¹⁴⁾、そのほか新たな概念構成をする考え方¹⁵⁾などがある。また、内縁が準婚関係であり、配偶者の相続権に準じたものが認められるべきであるとの見地から、内縁の寡婦の居住を保護しようとする考え方¹⁶⁾もある。

4 借地借家法の考え方（第36条・旧借家法七条ノ二）

旧借家法七条ノ二の考え方は、相続を前提として、居住用建物の賃借人が相続人なくして死亡した場合に、この賃借人と事実上の夫婦関係または養親子関係にあった同居者に右賃借人の有していた賃貸借上の全ての権利義務をそのまま承継させることによって、右同居者の居住を確保しようとするものである。しかし、相続人のいる場合の問題は残されたままである。

この考え方にたどり着くまで、つまりその改正の過程において、相続人がいる場合にも同居者に承継させるというところまで考え方が進んだこともあった¹⁷⁾が、やはり相続法の壁に阻まれ、また住宅事情がよい方向に変化するにつれてこのようなことも問題とならなくなるであろうとの観点から、相続人のいる場合の規定はなされなかったものようである。

平成4年8月1日から施行された新しい借地借家法でも、この問題については更に検討を要すると考えられた結果、改正が見送られ、その36条は旧借家法七条ノ二をそのまま引き継いでいる¹⁸⁾。

III アメリカ法

1 判例の考え方

ある判例¹⁹⁾で争われたのは、借家と立ち退きに関する法において、賃借人の死亡後に賃借人の立ち退き要求から保護される家族に、同性愛のパートナーが含まれるか否かという点であった。ニューヨーク州最高裁判所は、家族には、たとえば婚姻証明書や養子縁組命令を取得することによって家族関係を形成してきた人たちだけが含まれるということではなく、又、家族は、擬制的な法的特徴や遺伝子学上の歴史によってのみ決まるものではないとし、家族か否かを決めるのは家族生活の現実であるとした。その結果、死亡した賃借人の同性愛のパートナーは、死亡した賃借人とその者の間に家族生活の現実が存在したかどうかを立証する機会が与えられた。(反対意見²⁰⁾あり)。この判例は、実質上、賃借権の承継について相続を否定する結果となった。

2 American Law Reports の考え方 (71 A.L.R. 3d 693)

どんな賃借人とその同居人が、居住家屋の占有という観点から家族と定義できるかについて、家族とは、複数のメンバーからなるグループで、(1) 生物学的にあるいは法的に関係していて、(2) 単独の代表者 (single head) によって統括されていて、(3) 一つの生活共同体として機能している集団であるとしている。これは、家族の機能を重視する考え方であるともいえよう。

3 その他の家屋賃借権の承継には関係のない判例の考え方

ここでは家族とは何かという問いの答えに迫るために、家屋賃借権の承継には関係のない判例を取り上げることとする。

たとえば六人の知的障害者と二人のフルタイムの監督者 (ローテーションで担当) によって構成されるグループホームのケースは、単独の代表者 (親

にあたる者) がないことと、メンバーに安定性がないこと、家族の管理と運営においてはなほだしい外部の援助がなされることは、ホームの家族としての性質を損なうことを理由に家族ではないとされ賃貸が否定されたし²¹⁾、十人の学生の共同生活のケースは、安定的で恒久的で機能的に家族に相当するとされ賃貸が肯定されたし²²⁾、又、異性愛の同棲するカップルで実子が三人いるケースでは、正式な婚姻をしないという親の勝手から子に不利益を被らせてはいけないとして賃貸が肯定された²³⁾。

IV まとめ

1 日本の判例の大勢は、この家屋賃借権の承継における内縁の妻子らの居住の保護の問題について、相続を原則肯定する立場をとった上で、内縁の妻子らの居住の保護を図ろうとするが、アメリカの同性愛のカップルの判例は、相続を否定し、家族生活の現実を重視して解決を図ろうとする。アメリカの判例のこの考え方は、日本の判例における「住宅用家屋の賃借権は賃借人およびこれと共同生活をなすものが当該家屋を占有居住しうることを内容とするものであって、それはあくまで家屋の現実の利用関係を離れては考えられない権利である」²⁴⁾とするものに近い。しかし、実際には、このアメリカの判例を支持するものはアメリカでも多数ではないといわれ、またこの判例には反対意見もあり、アメリカの判例の考え方の大勢とはいえないようである。

この問題を解決するにあたって相続を重視する考え方は、イコール血縁結合、法律結合を重視する家族のあり方を示すものでもある。日本法では、借家法の改正の過程からも明らかなように、判例もやはり相続を重視する立場を取っていて、血縁結合、法律結合を重視しているといえよう。アメリカ法は、一見、この相続の問題に限らず、血縁結合、法律結合を重視しない傾向

にあるようにも見受けられるが、一方でそうともいえないような感じもする。判例においても、法律結合にこだわる意見もあれば（同性愛のパートナーのケースでの反対意見²⁵⁾）、家族の機能さえ存在すれば血縁結合、法律結合にはこだわらない考え方もあり（学生の共同生活のケース）、また法律結合にも血縁結合にもこだわってみたりすることもある（同棲する異性愛のカップルで実子が三人いるケース²⁶⁾）。アメリカ法には二面性があるように思われるのである。そして、アメリカ法の方が、「家族」と捉える集団の範囲が日本法よりも広いのではないか。そうなってくると、やはり日本法の方が家族を考える上で血縁結合、法律結合を重視しているといえるのではないかと思われるのである。

しかしながら、相続全体の問題を考える上で、死者（被相続人、本稿で取り上げた家屋賃借権の相続の問題でいえば、死亡した賃借人）の生前の家族生活の現実がいかなるものであったかという点は、血縁結合、法律結合と同じくらい、あるいはそれ以上に重要になってくることもあろう。たとえば、どのような扶養であったかなどは相続の問題を考える上で非常に重要なものとなってくる。本稿で特に取り上げた家屋賃借権の承継の問題における内縁の妻の居住保護の問題において、病床にある賃借人と共に暮らし、面倒を見てきた内縁の妻が、賃借人の死亡後、法律結合がないからといって賃借権を承継できずに、血縁結合、法律結合のある笑う相続人が相続によりそれを承継できるというのは、法定相続における血縁結合、法律結合の重視のし過ぎで問題となるであろう。実際に、本稿で紹介した日本の判例²⁷⁾も、死者（被相続人、死亡した賃借人）の生前の現実の生活に全くかかわっていなかった者は、たとえ法律上の妻子であっても、実際の解決においては家屋賃借権を承継させていない（援用理論）。ただ、日本法には遺留分制度²⁸⁾があり、血縁結合、法律結合を最低限尊重する仕組みになっていることを忘れてはならない。

2 家族とは、愛情、経済、血縁、法律、家族生活の現実でつながるもの

と思われる²⁹⁾。これら全てが家族成立の不可欠の要件ではないが、どれで、どの程度つながっていれば家族といえるかどうかは、日本法とアメリカ法においては違いがあるように見受けられる。たとえば、既に述べたように、日本法のほうがアメリカ法よりも血縁結合、法律結合を重視する傾向が強い。アメリカ法は、その二面性からか、日本法よりも法定相続人の範囲が広いのではあるが³⁰⁾、血縁結合へのこだわりは日本法よりも弱いような感じがする。この点の根拠を示すについては、甚だ準備不足なのではあるが、アメリカ法におけるキリスト教の影響を考えると、議論のあるところではあるが、イエス・キリストに実子がなかったことが一つの理由として挙げられるのではないだろうか³¹⁾。又、愛情という要件の中には、精神的結合、性的結合が含まれるものと思われるが、日本においては愛情というよりもむしろ経済的、そのほかの要因によってつながる家族が多かったのではないかと指摘する学説があり³²⁾、その学説からすると、この愛情という要件については、アメリカのほうが日本よりも重視する傾向が強いのではないかとと思われるのである。

日本法もアメリカ法も家族生活の現実には共に重視しつつある要件であるような気がする。

家族の経済的結合（財産の所有形態、方法など）は、家族生活に不可欠で非常に重要な要素であり、それだけに家族の和が崩れたときに最も問題が大きくなるものでもある（たとえば、離婚時の財産分与、子の養育費、相続の際の親族間の争いなど）。これは経済の問題であるが、ある意味、家族の愛情面での結合（精神的結合、性的結合）の様子と連動する問題であろうと思われる。家族の愛情面での結合が安定していて良好なときには、経済面での問題は起こりにくい、愛情面での結合が揺らいだときには問題が生じやすいのではないかとと思われるのである。又、経済的結合は、家族か否かを決する際の重要な考慮の要素となりうるのではないだろうかとも思われる。

これら全ての要件がそろえばよいけれど、時代が変わり、家族も多様化すれば、これら全ての要件のそろう家族ばかりではなくなる。又、前述の学説

によれば、その昔から日本の家族は全ての要件でつながっていたわけでもなく、その結合はそれほど固い強いものでもなかったようである³³⁾。

しかし、要件の充足が不十分であったとしても、家族関係の希薄化を促進してはならない。「家」への復古ではなく、現代にあった家族間の強い結合はこれからも必要である³⁴⁾。そして、今後この問題を考える上で重要になってくるのは、家族をどういうものと捉えるかという点であろうと思われる。日本において根強い血縁、法律で結合する集団だけを家族と見る考え方を改めなければならない時期に来ているのかもしれない³⁵⁾。その点、アメリカは、ある集団を家族と捉えるかどうかを決する際の基準が日本よりも明確であり、その内容は少し進んでいるようにも思われるので、今後の参考となるのではないだろうか。

3 家族も大きく考えれば人間結合による集団の一つである。そして家族には、幸福追求という集団としての目的があり、それは家族構成員に共通のものである。家族とは何かという問いに答えるためには、他の人間結合による集団、たとえば民法上の法人、組合、その他政党、宗教団体、権利能力なき社団、入会団体、地縁による団体、会社法上の株式会社などなど、やはり同じ目的を持って行動するあらゆる集団との比較検討を通して答えを浮き彫りにしていかななくてはならないように思われる。筆者にはまだその準備がないが、今後の課題としたいと考えている³⁶⁾。ただ、一つだけアメリカ法から示唆を受けるのであれば、ある集団を家族として捉えるかどうかを決する際の一つの基準の中に、家族に単独の代表者による統括を必要とする考え方があり、これはたとえば営利法人である株式会社に代表取締役を要する考え方に通じるものがあり、それは同時に集団には確たるリーダーが必要であるとの考え方につながるものではないかとも思われ、この切り口から、団体に関する本質論にも迫ることが出来るのではないかと、わずかな希望を抱くものである。

《注》

- 1) 家族社会学の分野では、この問いかけ自体がもはや古いものとなっており、「家族とは～である」とは決め付けられないとされている。(井上眞理子編・『家族社会学を学ぶ人のために』・2頁～24頁・2010年・世界思想社)。しかし、民法の分野ではまだこの問いかけが必要なのではないかと思ひ、あえて題名とした。
- 2) 松倉耕作「65・内縁の妻の借家権の承継」・別冊ジュリスト176号・星野英一＝平井宣雄＝能見善久編・民法判例百選Ⅱ債権（第五版新法対応補正版）・140頁・2005年・有斐閣。
- 3) 使用貸借の民法599条のような規定がないことも一つの根拠である。
- 4) 援用理論を採用する判例には以下のものがある。

(1) 死亡した賃借人の共同生活者、同居人が内縁の妻であったケース。

① 最高裁昭和25年7月14日判決・民集4巻8号333頁。

【事実の概要】

AはXから家屋を賃借し、内縁の妻Yと共にこれに居住していた。ところがAはそのうち死亡し、しかもその相続人の存在が不明なために、本件家屋の賃借権は相続財産法人に帰属することとなった。ちなみに相続財産はほとんどこの賃借権のみであった。Yは他に移転すべき家屋もないので引き続き本件家屋に居住して生計を営んできた。一方Xは父母と共に六畳一間に居住するという不自由な生活を送ってきた上、かねて妻帯の希望がありながら、適当な住居がないため良縁をも見見過してきた状態であった。そこでAの死亡をきっかけにYに対して賃貸借を解除して家屋の明け渡しを求めた。

第一審Y勝訴。

第二審（東京高裁昭和24年2月23日判決）X勝訴。明け渡しが認められた。判決理由は以下のとおりである。「本件のような場合、内縁の妻がその内縁の夫の生前はもちろん、その死後もその相続人の意思に反しない限り、居住家屋の賃借人に対して夫またはその相続人の有する賃借権を援用して自己の居住権を主張しうることは、内縁の妻が内縁の夫を中心とする家庭共同体の構成員の一員であるということから来る当然の事理であるが……、前述の理は相続人不明の間でも異なることなく、内縁の妻は亡夫の賃借家屋に居住して、法人である相続財産に属する賃借権を賃借人に対して援用しうるものといわなければならぬ」として、問題は借家法一条ノ二にいわゆる「正当の事由」の存否に係ると論ずる。そして「正当の事由」については、Xの前主が解約申し入れをした当時には、Xの前主は一応居住の安全を得ていたし、Yの事情も考慮すれば正当の事由は存しな

ったが、Xが質貸人たる地位を承継した後には、Xの事情がかなり逼迫したものであり、かつ「Aの相続財産はほとんど皆無であって、将来において相続人を得る見込みもなく、Yも成り行きに任せている事実が認められるから、彼此総合するときは、前認定にかかるYの主観的事情如何にかかわらず、Xはその承継の当初から本件解約申し入れを維持するについて正当な事由を有しているものと認めるを相当とすべきである」と判示した。

これに対してYより上告。最高裁は以下のごとく述べて上告棄却。明け渡しが認められた。「本件家屋の質借人Aは昭和21年7月26日死亡し、その相続人のあることが分明でないため、相続財産は法人とされ、本件質貸借も右相続財産との間に存続することとなったのであるが、上告人Yは右質借人Aの内縁の妻であって、原判決は、かくのごとき場合合同上告人Yの右家屋に対する居住権が認められるのは、右質借権の存続する限り他日相続人が判明した際、被相続人の内縁の妻の居住の継続が必ずしも相続人の意に反するものとは限らないからであるに過ぎない」とした上、「しかも右相続財産は本件質借権を除いてはほとんど皆無で、将来において相続人を得る見込みもないとの事実を確定し、一方本件家屋の所有者たる被上告人X側において、本件家屋の使用を必要とする判示のごとき諸般の事情関係を認定し、彼此総合するときは、上告人Yの移転先のないという主観的事情如何にかかわらず、被上告人Xは本件解約申し入れを維持するについて正当な事由を有しているものと認めるを相当とする判断をしたのであって、原判決の右判断は、まとを射たものというべく、論旨は上告人Yの本件家屋居住に関する原判示のごとき地位関係を考慮せず、只一途に被上告人X側との比較においてその必要の大なることを強調するに過ぎないのであって、これを採用することは出来ない。」

② 大阪地裁昭和31年8月27日判決・下民集7巻8号2296頁。

【事実の概要】

死亡したAとXの間に本件家屋の質貸借契約があった。Xは開業医で、Aの質借物件とXの自宅は同一の棟続きで四軒となりであった。Aは借り受けた家屋階下で喫茶店を営んでいたが、その後先妻と別れて独身となり、人手、資金が共になくなったのでこれを閉店していたところ、昭和25年5月初旬ころ、Y女が階下全部を飲食店を営む目的でAから借り受け（転貸）、Yの子供二人と共にこれに居住するようになった。Aは二階の一室に居住、訴外B女も二階のほかの部屋に居住していたため、結局三世帯が居住する状態となった。しばらくしてAは、老後のことも考えて、Yと結婚し共同で階下で喫茶店を営むことを望むようになり、Bが斡旋した結果、Yにおいては外地に出征した夫があったが、生還の見込みもなかったためこれに応じ、AとYは内縁の夫婦となった。昭和

28年Aの死亡後も、Yは単独で店の営業を続けている。Aの死亡に際し、Aの弟Cが相続により本件家屋の賃借権上の権利義務を承継。XはCに対し、AのYに対する無断転貸を理由として本件家屋の賃貸借契約を解除する旨の意思表示をした。そしてYとAが内縁関係にあったことを否定した上で、たとえYがAの内縁の妻であったとしても、XはAの生活共同体と賃貸借契約を締結したのではなく、また、AからYへの家屋の転貸について承諾したこともないと主張する。これに対しYは、本件家屋の賃貸借契約はXとAの間でなされたものであるが、その実態はXと、Aと生活を共にすべきもの、すなわち婚姻、出生等によりAと生活を共にするもの全員（生活共同体）との関係であって、単に形式上Aがその生活共同体の代表者として、契約面に現れているに過ぎない。又、労働基準法、健康保険法そのほかのいわゆる社会保護法においては、内縁の妻は法律上の妻と同様に取り扱われているから、借家人の社会保護を必要とする借家関係においても、内縁の妻は法律上の妻と同様な地位にあるものであり、生活共同体のうちには内縁の妻も当然に包含されるべきである。従って、YはAの生活共同体の一員として本件家屋の賃借人たる関係にあったのであって、Aの死亡後は自己の賃借権に基づいて本件家屋を占有使用する権利を有するものであると主張。そして右主張が理由なくYの使用関係が転借になるとしても、Xは本件家屋内に居住者の変動があった場合には、直ちにこれを察知できるほどの近隣に居住していたこと、又、家賃はX方の看護婦兼薬剤師がXに代わって受領していたが、これはYが二年間毎月X方に持参していたこと、XがYの飲食店営業許可申請に必要な診断書を作成したり、Y方に病人のあるときはY方に来診していたことなどから、XにおいてYが本件家屋に居住している事実を十分知っていることは確実で、それにもかかわらずAが死亡するまでの間、本件家屋のYへの転借について何ら異議を述べないで、毎月Yから家賃を受領していたものであるから、転貸借についてはXの黙示の承諾があったものと解すべきであるとも主張した。

裁判所は以下の如く述べて明け渡しを認めなかった。Y勝訴。

「およそ賃貸人が賃貸借の目的たる家屋が転貸せられている事実を知りながら、異議なく家賃を受領しているときは、黙示の間にその転貸借を承認したものと解するのを相当とするから、Xは黙示の間にYの本件家屋の転借を承諾したものと認めなければならないから、Xのその主張は失当……。死亡した家屋賃借人の内縁の妻は、亡夫を中心とする生活共同体の構成員たりしものであるから、夫の死亡後もその相続人の意思に反しない限り（相続人は被相続人の内縁の妻の地位を尊重し、自己の賃借権の範囲内で内縁の妻の居住使用を承認しなければならぬ）、これが賃借権を援用して賃貸人に對抗しうるものと解すべきところ、相

続人Cの証言によると、Yの本件家屋の使用は相続人Cの意思に反しないことが明らかであって、Yは本件家屋の占有使用につき、相続人Cの賃借権を援用してXに対抗できるものといわなければならない。」

③ 最高裁第二小法廷昭和42年4月28日判決・民集21巻3号780頁。

【事実の概要】

被告Y男は昭和26年9月ころからA女と内縁の夫婦となり、A女宅に入居。A女宅は本件原告Xから昭和15年8月7日に賃料45円（昭和37年4月以降は4500円）の約束で賃借したものであり、A女はそこで置屋を営んできた。（昭和33年廃業）。

賃貸人Xは昭和27年になって、YがAが借り受けた賃借家屋に入居した事実を知り非難。そしてX側がYの同居を承認する条件として、YがAの連帯保証人となること、および賃料をY入居の翌月から遡って月900円の割合で増額することを要求。AとYは右要求を受け入れ、Yは本件賃借家屋に居住。

昭和37年7月5日にAが死亡。Aには戸籍上その唯一の相続人として姉のB女がいた。しかしBはその所在も生死も不明である。そこでAの死亡を契機として、Yを相手としてXが家屋の明け渡しを請求、訴訟を提起した。

第一審（大阪地裁昭和38年7月25日判決）。X勝訴。昭和27年にXY間の合意によりYが賃借人となった、Yが賃借人でない場合でもB女の死亡確認まではAの遺産は相続財産法人を構成するが、Yは右法人に帰属する賃借権を援用する、と主張するYの抗弁を斥けた。Y控訴。

第二審（大阪高裁昭和39年5月25日判決）。Y勝訴。「家屋賃借人である内縁の妻が死亡し、その内縁の夫であったものがその死後も引き続き家屋に居住しこれを使用する場合、その占有使用が内縁の妻の相続人として、その賃借権を相続したものの合理的意思に反する場合のほかは、右内縁の夫は右賃借権を援用して賃貸人に対抗できる」。X上告。上告理由（一）賃借権の相続には相続人の承諾する意思を必要とする。（二）内縁の夫であったものが、相続人の合理的意思に反する場合のほか、相続人の賃借権を援用できるとしながら、相続人の所在不明で、意思の確認が不可能である本件において、賃借権の援用を認めたのは違法である。

最高裁は以下の如く述べて明け渡しを認めなかった。上告棄却。X敗訴。

「YはAの家族共同体の一員として、Xに対し、同人の賃借権を援用し本件家屋に居住する権利を対抗し得たのであり、この法律関係は同人が死亡し、その相続人が本件家屋の賃借権を承継した以後においても特別な事情のない限り変わらないというべきであるから、結局これと同趣旨に出た原判決の判断は正当……。」

この判例の評釈には水本浩「家屋の賃借人の内縁の夫が賃借人の死後において家屋に居住できるとされた事例」・民商法雑誌・57巻5号・138頁・昭和43年（判旨賛成）、長岡敏満「家屋賃借人の内縁の夫であった者が、賃借人の死後においても、賃借人に対して賃借家屋に居住する権利を対抗できるとされた事例」・法学協会雑誌・85巻5号・146頁・昭和43年、後藤静思「家屋賃借人の内縁の夫が賃借人の死後において家屋に居住できるとされた事例」・最高裁判所判例解説民事篇昭和42年度・202頁（判旨賛成）などがある。

(2) 死亡した賃借人の共同生活者、同居人が内縁の妻で、その内縁の妻との間に子がいて、その子も賃借人の共同生活者、同居人であったケース。

① 最高裁第三小法廷昭和42年2月21日判決・民集21巻1号155頁。

【事実の概要】

A男とY1とは昭和6年以来内縁関係にあった。二人の間には、長男Y2、B女、C女、D女の四名の子があった。各々A男の認知を受けている。

本件家屋は、Aが居住のためにXの先代Eから期間の定めなく賃料一ヶ月1600円の条件で借り受けたものである。昭和32年12月12日にAが死亡し、Y2、B、C、Dの四名が共同相続人となった。

Aの死亡前後の本件家屋の居住の様子は以下のごとくであった。Aの内縁の妻Y1は、昭和11年以来Aと共に本件家屋に居住し、一時的に別居することはあったが、時折本件家屋に出入りし、昭和29年ころから3年間、Aが胃潰瘍で入院中病院でAの世話をしたり、本件家屋に戻ったりして、Aが死亡するしばらく前から、永続的に本件家屋に居住するようになった。四名の子のうちBはA死亡直前から昭和39年まで結核療養のために、療養所ないし病院にあり、Cも昭和34年2月ころまで、遠隔の地に居住、その後も仕事の関係で居所を転々としていたが、昭和34年以降は本件家屋に戻っている。したがって、昭和34、5年以降、本件家屋に居住するものは、Y1、Y2、C、Dの四名である。昭和35年7月19日付住民票では、本件家屋にはY1を世帯主とし、B、C、Dの同居する世帯と、Y2を世帯主とする世帯との二つが居住しているようになっているが、実際にはY1及びY2ら四名の子は同一の家族共同体に属していた。そして、一家の生計は、一部Cも負担するが、Y2の収入とY1の内職などによる収入に頼っていた。

Aの死亡直後、Y1はAの生前の未払い賃料分（約8ヶ月分）を、賃借人E方に持参、弁済すると共に、家屋賃借人名義をY1に変更しよう交渉したが、E男はY2なら応じるとしてこれを拒否。その後賃借人Y1らは、賃料の支払いをしなかった。そこで、Eは昭和35年1月5日に、それまでの延滞賃料（2年分）の支払い催告をY1 Y2に対してのみなし、弁済がなされなかったため、

同年8月2日にY1 Y2に対して本件賃貸借契約解除の意思表示をした。翌年になって、Y1は昭和33年1月以降の賃料分をEに提供したが、受領拒否され、Y1は弁済のため供託している。Eは昭和37年1月に死亡したので、Eの次女であるXが訴訟を承継。Y1 Y2を相手方として(一)債務不履行による賃貸借契約解除を理由とする家屋明け渡しと(二)昭和33年1月1日以降昭和35年8月2日までの延滞賃料及び同年8月3日以降の家屋明け渡しまでの損害金支払いを求めた。

このXの請求に対して、第一審(大阪地裁昭和39年6月1日判決)は、以下のごとく判示した。居住家屋の賃貸借においては、賃借人死亡の場合、その相続人全員が賃借人の地位を承継するのではなく、当該家屋において新たに世帯主的地位を承継したのみが賃借人の地位を承継するものであるとして、その新たな世帯主的地位についたのがY1 Y2であるとのXの主張を斥け、「Y1は本件家屋における居住権を主張しうるのであるから、結局A死亡後にあつては、Y1もY2ら四名と共に本件家屋の賃借人の地位にあるものというべきである」と述べ、(一)Eの「本件賃貸借契約解除の意思表示の効力」については、「賃借人が死亡し、相続人が数名ある場合には、特段の事情が認められない限り、相続人の一人のみに対する賃貸借契約の解除の意思表示を有効ということは出来ない」としながら、Eが催告解除の意思表示をした当時のY1 Y2ら家族の本件家屋における居住の状態、家族構成、家計の負担などを考慮すると、B、C、Dは「いずれもY1 Y2と同一世帯に属し、本件家屋の賃借権をY1またはY2に代理せしめていたと見ることができるから」Y1 Y2両名だけになした解除の意思表示は、Bら三名にも効力を有すると判示。(二)賃料及び損害金の請求については、Xは損害の賃料相当額を1ヶ月2677円の割合と主張するが、これを約定賃料額1600円の限度で認容。Y1 Y2控訴。控訴審(大阪高裁昭和40年8月9日判決)も第一審を支持して控訴棄却。Y1 Y2上告。「Y1も賃借人の地位にある」という原審判示に対し、「内縁の妻が家族共同体の一員として、賃借名義人たる内縁の夫の賃借権を援用して賃借人に対して賃借家屋への居住権を主張しうることは当然であるが」「賃借権そのものを主張しうるものではない」と原審判決の理由不備などを主張。

最高裁は以下のごとく判示して明け渡しを認めた。

「Y1は亡きAの内縁の妻であつて同人の相続人ではないから、Aの死亡後はその相続人であるY2、B、C、Dら四名の賃借権を援用してXに対し本件家屋に居住する権利を主張することが出来ると解すべきである。しかし、それであるからといってY1がY2、B、C、D四名の共同相続人らと並んで本件家屋の共同賃借人となるわけではない。したがって、Aの死亡後にあつては、Y1もまた

Y2ら四名と共に本件家屋の賃借人の地位にあるものというべきであるとした所論の原判示法令の解釈適用を誤った……原判決には右のような違法があるが、本件家屋の賃貸借関係について、他の共同賃借人三名の代理権を有していたY1 Y2兩名に対してXの先代Eがした該賃貸借契約解除の意思表示が有効であること後記のとおりであるから、右の違法はY1らに対して本件家屋の明け渡しを命じた原判決になんら影響を及ぼすものではないことは明らかである。また、原審確定の事実によれば、右賃貸借の終了後はYらはいずれも本件家屋を法律上の権限なくして占有し、賃料相当額の損害を加えつつあるというのであるから、Yらに対してその不法占有期間について右損害金の連帯支払いを命じた原判決にも影響がないものというべきである。……しかしながら、Y1はAの死亡後本件家屋の賃借人となったのではなく、したがって昭和33年1月1日から本件賃貸借の終了した昭和35年8月2日までの間の賃料の支払い債務は負わないものというべきであるから、原判決中、Y1に対して右賃料支払いを命じた部分は失当として破棄を免れず、右部分についてのXの本訴請求は棄却すべきものである。……Y1 Y2兩名は本件家屋の賃借権を相続により取得したB、C、Dの三名の代理人として、Xの先代Eのした本件催告ならびに賃貸借契約解除の意思表示を受領したものと認めるべきであるから、右三名にも本件解除の効力が及ぶものとした所論の原判示は正当というべきである。』

この判例に対し、「しかし、相続人が同居していなかった場合は勿論、相続人が同居していた場合にも、借家人の死後、内縁の妻が経済的に世帯の中心となるときは、内縁の妻が借家権を承継し、借家人死亡前の延滞賃料債務は相続人が承継するが、内縁の妻も借家権承継者として連帯責任を負うと構成すべきではないだろうか」との意見がある。(米栖三郎・『契約法』・384頁・昭和49年・有斐閣)。そのほかに判例評釈として、谷田貝三郎「家屋賃借人の死亡と内縁の妻の賃借権の承継の有無」・民商法雑誌・57巻2号・293頁・昭和42年(援用理論を支持)、長岡敏満「家屋賃借人の共同相続人の一部のものに対する賃貸人の催告、解除の意思表示は、一定の事情の下では残余の共同相続人にも効力が及び、解除が成立する。家屋賃借人の死後、当該家屋に居住する内縁の妻は賃料支払債務を負わない」・法学協会雑誌・85巻2号・150頁・昭和43年、水本浩「内縁寡婦の居住権一借家の場合」・別冊ジュリスト66号・加藤一郎＝太田武男編・家族法判例百選(第三版)・18頁・1980年・有斐閣(援用理論の限界を知りつつも、解釈論としては援用理論にゆきつかざるをえないとされる)、泉久雄「内縁の妻の借家権の承継」・別冊ジュリスト105号・星野英一＝平井宣雄編・民法判例百選II債権(第三版)・144頁・1989年・有斐閣(援用理論を支持しながら、借家権そのものが大きな経済的価値を持つ現段階においては、相続法理によって承継させ、最終的帰属

は遺産分割に委ねるのが筋だと思ふとされる), 松倉耕作「内縁の妻の借家権の承継」・別冊ジュリスト160号・星野英一=平井宣雄=能見善久編・民法判例百選II債権(第五版)・140頁・2001年・有斐閣, 篠塚昭次「家屋賃借人の死亡と内縁の妻の居住権」・別冊ジュリスト40号・加藤一郎=太田武男編・家族法判例百選(新版・増補)・30頁・1975年・有斐閣(率直に賃借権の社会法的性格を承認し, 直接居住者にのみ, その形式的な相続資格にこだわらず承継させようとする居住権説ともいべき学説に到達しようと述べられる), 高津環「家屋賃借人の死亡と内縁の妻の賃借権の承継の有無」・最高裁判所判例解説民事篇昭和42年度・38頁などがある。

(3) 死亡した賃借人と共同生活者, 同居人の関係が重婚の内縁で, その内縁の妻との間に子がいるケース。

① 大阪地裁昭和38年3月30日判決・判時338号34頁。

【事実の概要】

Aには, 昭和5年5月に婚姻し入籍した妻Bと, Bとの間に三人の子CDEがいた。その後, AはBらと離れてY1と内縁関係に入り, 昭和33年8月からはXより本件居住家屋を借り受けて, Y1とY2(AとY1の子)と三人で暮らしていた。Aは昭和36年3月7日に死亡。賃借権はAの相続人であるBCDEが相続により取得した。しかし, BCDEは本件家屋に暮らしたことがなく, 又, 本件家屋でAと暮らしていたのはY1 Y2だけであった。

ところで訴外Fは, 明治23年生まれの子供のない老人で定職にもついでなかった。昭和26年12月ころから, FはXの妻の世話で生活扶助を受けるようになった。そのうちFはX方に世話になるようになり, X方で留守番や使い走りの仕事をするようになり, 御礼として食事や金銭を受け取るようになった。昭和35年8月ころ, Xの同情もあってFは空き家になったX方の車庫に寝泊りするようになった。昭和36年2月ころに, Xは車庫に車を格納するようになったが, XはFに車の番をするように命じたことはなかった。昭和36年3月22日, Fの焚き火が原因で車庫で火災が発生。Fはショック死。この火災により, 本件居住家屋はその大部分を焼失。Y1は焼け残った部分を修繕するなどして引き続き居住していたが, XはY1がAの単なる妾に過ぎないとか, 居住家屋が焼失したので賃借権の目的物が滅失したのだから賃借権も消滅したなどとして, 工作物の取去と土地の明け渡しを求めた。これに対しY側は, 火災の原因はXの被用者であったFの過失によるから, その責任はX側にあるとして, 又, Y1はAの内縁の妻である旨主張した。

裁判所は以下のごとく述べて明け渡しを認めた。XとFの間には使用者被用者の関係はないと判断している。

「Y1はAの内縁の妻である。……賃借人が死亡し、その質借権を他に居住している相続人が相続してしまうと、賃借人と共同生活を営んでいたもの（本件では内縁の妻）がすなわち無権利者となって、その生活の基盤を失うとするのは不合理であり妥当を欠くとしなければならない。むしろ、共同生活を営んでいたものの居住は保護されるべきであって、これらのものは、相続人が相続した質借権を援用して引き続きその居住を続けることが出来ると解するのが相当である。……Y1の援用する質借権は、本件火災による賃貸借の目的物の滅失により消滅したとしてよいから、Y1はXに対し焼け残った柱の部分などを利用して設けた工作物を取去し、その敷地を明け渡さなければならない筋合いである。」

(4) 死亡した賃借人とその共同生活者、同居人が重婚的内縁の場合で、その内縁の妻との間に事実上の養子がいるケース。

① 東京地裁昭和53年5月29日判決・判タ368号301頁。

【事実の概要】

訴外Aは妻Bと共に本件土地上の家屋に居住していたが、昭和20年5月ごろ空襲にあって右家屋を焼失し、昭和22年ころ本件土地上に古い材木を使用して木造平屋建て家屋（旧建物）を建てた。

XはABの子で、この旧建物にABと共に暮らしていたが、婚姻後も夫と共にこの旧建物に暮らしていた。昭和25年、長女が誕生したころにABと別居するようになり、以後、AはこのXらが暮らしていた建物の東側板間部分を他人に賃貸してその賃料を生活費に当てるようになった。

ところで、Aの知人Cは、本件土地の北側に位置する建物に暮らしていたが、線路拡張工事のため移転先を探していたところ、Aに勧められてA方に移り、そこでクリーニング店を開くことにした。Aの承諾を得て、Cは昭和27年6月ころ、旧建物東側の板間部分を増改築した。右工事から一年後の昭和28年8月ころ、Cは再び増改築工事をして、クリーニング店の営業用に必要な機械を置く場所も作り、ABもその増改築された部分の一部に入居した。

本件建物の二階部分は、昭和35年ころまでに建て増しされ、その西側三畳部分は昭和38年ころにXが増築していた。

Cのした各増改築工事は、いずれも旧建物の構成部分として附合により旧建物の所有者であるAの所有に帰するものと認めるべきである。

Aが昭和30年10月12日に死亡。

Cは昭和39年1月17日、Xから本件建物部分を賃料一ヶ月15000円の約定で賃借したが、Cが昭和44年死亡したため、その妻Dと五人の子がCを相続した。本件多々もの部分の質借権も相続された。

ところでCは昭和19年ころから妻子と別居して、Y1と同棲。昭和27年ころか

らは本件建物部分でクリーニング店を開き、以来、大阪に残した法律上の妻子とは全くの音信不通であった。Y1はその間、Cの妻として東京のCの親戚や地域社会から認められていた。Cは、Y1との間に子がなかったため、昭和33年4月ころ、妹に頼んで、大阪の実子に跡を継ぐ意思があるかどうかを確認してもらったところ、色よい返事がもらえなかったため、身内の者Y2を養子に迎えることとした。Y2はCの甥であった。Y2は昭和35年12月ころからCとY1と暮らすようになった。その際、Cには大阪に暮らす妻子の問題があったことや、元々CとY2は同姓で改氏の必要がなかったことなどから、養子縁組届けは出されなかった。しかし、Y2は免許を取ってCの跡を継いでクリーニング店を共同経営するようになり、Cが体調を崩してからはCの面倒を見て入院費等を負担し、昭和44年Cの死亡時には、その費用一切を持って葬儀を執り行い、また、Cの生前においてはCの名代として結婚式、葬式等に出席して、その親族間でもCの子として遇されていた。

XはY1らに対し、本件建物の所有権に基づき、本件建物部分を明け渡すと共に、連帯して昭和44年2月1日から昭和51年12月31日まで、一ヶ月15000円の割合による賃料相当損害金の支払い、ならびに昭和52年1月1日から右明け渡し済みに至るまで一ヶ月48000円の割合による賃料相当および特別事情による各損害金の支払いを求めた。

これに対し、Y1らは、本件建物部分はXの所有ではなく、Y1らの所有であると主張。その上で、Cの相続人らが本件建物部分の賃借権を相続により取得し、Y1はCの内縁の妻として、Y2はCの事実上の養子として、Cの共同相続人らが取得した本件建物部分の借地権を援用するとして、明け渡しや損害金の支払いには応じないと主張した。

裁判所は以下のごとく述べてXの主張を棄却した。

「Y1はCの共同相続人らが承継した賃借権を援用して、Xに対抗することが出来る。……Y2はCの生存中はCの家族共同体の一員として、Xに対し、Cの有していた賃借権を援用して本件建物部分に居住する権利を対抗し得たものというべきであり、この法律関係は、Cが死亡し同人の共同相続人らが本件建物部分の賃借権を承継した後においても変わらないというべきであって、Y2は本件建物部分の居住につき右共同相続人らの賃借権を援用してXに対抗することが出来る」と解するのが相当である。」

(5) 死亡した賃借人と同居していたものが事実上の養子であったケース。

① 最高裁第三小法廷昭和37年12月25日判決・民集16巻12号2455頁。

【事実の概要】

X所有の本件家屋に居住していた賃借人A女は盲人で、琴の師匠をしていた。

Y女は昭和17年4月頃からAの内弟子として住み込み、琴の指南を受ける傍ら、Aの身の回りの世話や家事の世話を引き受けた。Aの晩年にはAとYの関係は事実上の母子の關係に発展していたので、Aが死亡したときには、「親族一同の諒承の下に、Yを喪主として葬儀を行わせ、Aの遺産は全てそのままYの所有と認め、同人の祖先の祭祀をYが受け継ぎ行うこととなり、Aの芸名の襲名を許され、その世帯を事実上引き継いで主宰者となった。」

昭和30年12月12日にAが死亡。Aの長姉、次姉（死亡）の三人の子、三姉（死亡）の二人の子が共同相続人となった。Yは、A死亡後も本件家屋に居住し続けていた。Yには、訴外B女なる同居者がいた。Bは昭和23年頃からAの琴の弟子で、Aの生前から内弟子としてAと同居し、傍ら郵便局に通勤していたが、Aの死亡後はYの内弟子となっていたものである。ただし、転入手続きはAの死亡後昭和31年12月27日になされた。

昭和30年12月28日、XはAの死亡と共に右家屋の賃貸借關係が終了したことを理由にYに明け渡しを請求した。更に、昭和33年6月25日の本件口頭弁論において「仮にYがAの死亡後本件家屋に賃借権を有するとしても、Yは無断で昭和31年12月27日以降本件家屋の一部をBに転貸しているから」これを理由に賃貸借契約を解除すると述べた。これに対しYは、Aと共に家団を構成し、Aの死亡後はその家団の主宰者となったのであって、賃貸借の当事者たる家団はAの死亡後も同一性を持って存続しているものであり、仮にそうでないとしても、Yは前記の共同相続人の賃借権を援用して右建物に居住しているものであると主張。

第一審、原審（大阪高裁昭和34年4月14日判決）ともにXの請求を棄却。

原審は「住宅の賃借権といえども、家団がその主体となるとはいえず、又、かかる賃借権はその性質上当然に家団の主宰者たる地位の後継者に承継されるものとも考えられず、一つの財産権として相続の客体となるものであって、本件家屋の賃借権は……Aの遺産として相続人らに承継されたもの」というべきであるが、「住宅の賃借権には、特段の事情がない限り、その性質上、賃借人の世帯員の居住権を内包するものと解するのが相当であって、その世帯員は、必ずしも法律上の親族關係による家族のみに限らず、社会通念上共同生活体を構成するのが自然であると認められるものをも包含するものと見るべき」であると述べた。そして、Yは事実上の養子で、Aの死亡後、Aの相続人諒承の下にAの祖先祭祀やその琴師匠の地位と共に、その世帯をも事実上引き継いでその主宰者となったのであるから、「Yは前叙の理由により相続人らの共同相続した本件賃借権を援用し、Xに対し本件家屋に居住する権利を対抗しうるものである」とも述べた。

またBへの無断転貸の点について、BはAの死亡後はYの内弟子となり、在

宅中は同人に協力して生活費の一部を負担し、その専用の部屋を定められているわけでもなく、家族に準じるような共同生活をしているのであって、「Bは単にYの居住権の下に同居を許されているだけで独立の占有を持たず、しかもその関係はA生前中と何等異ならないから、Xがこれを本件家屋の転貸と見るのは誤認である」と述べた。

Xは以下のごとく述べて上告。①民法612条によって「借家権は当然全面的に相続されるのではなく、貸主の承諾を条件として相続されるものである」こと。②仮に相続したとしても、Yは賃借人（相続人）と同一の世帯員ではないから、原審の判旨によれば「賃借人と全然別個独立の者にも援用が認められることにな」ること。③事実上の養子にも相続を認めたこととなり、わが国の法定相続人の制度を根本から覆す」ことになる。

最高裁は以下のごとく述べてXの上告を棄却した。

「Aの有していた本件家屋の賃借権は、同人の死亡による相続により……（Aの姉ら）……五名の相続人等に承継された旨の原審の判断は正当である。また、原審が確定したところによれば、Yは、昭和17年4月以来琴師匠Aの内弟子となって本件家屋に居住してきたが、年を経るに従い子のなかったAは、Yを養子にする心組を固めるにいたり、晩年にはその間柄は師弟というよりは全く事実上の母子の関係に発展し、周囲もこれを認め、A死亡の際も、別に相続人はあったが親族一同諒承の下に、Yを喪主として葬儀を行わせ、Aの遺産は全てそのままYの所有と認め、同人の祖先の祭祀もYが受け継ぎ行うこととなり、Aの芸名中石絃代の襲名も許されたというのであり、叙上の事実関係の下においては、YはAを中心とする家族共同体の一員として、Xに対しAの賃借権を援用し本件家屋に居住する権利を対抗し得たのであり、この法律関係は、Aが死亡し同人の相続人等が本件家屋の賃借権を承継した以後においても変わりがないものというべきであり、結局これと同趣旨に出た原審の判断は正当……。」「無断転貸を理由とする解除の意思表示は賃借人でないYに宛ててなされたものであるから、効力を生じない旨の原審の判断は正当である。……Bは本件家屋の独立の占有者ではなく、Yが同人を居住せしめたことを持って転貸とは認められないとした原判決には……違法はない……。」

本判決の判例評釈には蕪山巖「家屋賃借人の事実上の養子として待遇されていた者が賃借人の死後において家屋に居住できるとされた事例」・最高裁判所判例解説民事篇昭和37年度・461頁（援用理論に限界ありと指摘。）、望月礼二郎「家屋賃借人の事実上の養子として待遇されていた者が賃借人の死後において家屋に居住できるとされた事例」・法学（東北大学法学会）29巻2号・120頁・昭和40年（居住権論（鈴木）にも限界があるとしながらもこれを支持。）、谷口知平「家屋

賃借人の事実上の養子として待遇されていた者が賃借人の死後において家屋に居住できるとされた事例」・民商法雑誌・49巻3号・97頁・昭和38年などがある。

- 5) 大阪地裁昭和38年3月30日判決・判時338号34頁。
- 6) 水本浩・前掲注4・別冊ジュリスト66号・19頁。
- 7) 最高裁第一小法廷昭和48年7月19日判決・民集27巻7号845頁。

【事実の概要】

Xはその所有家屋をAに賃貸し、Aは内縁の妻Yと共に右家屋に居住していた。しかしAは昭和39年に死亡。Aの相続人である子BCはいずれも右家屋に居住せず、A死亡後、Yは引き続き右家屋に居住していた。

XはYには右家屋について占有権原がないと主張して、所有権に基づきYに家屋の明け渡しを求めた。これに対し、Yは、XY間に賃貸借契約が成立した、あるいはYはAの相続人BCの賃借権によって本件家屋を占有していると主張した。Yの右抗弁に対し、再抗弁としてXは以下のごとく主張した。Yは昭和40年3月31日以来、Yの子DEらに本件家屋を転賃している。またXには借家法一条ノ二所定の解約申し入れについて正当の事由がある。すなわちその正当事由とは、Xが太平洋戦争中本件家屋をAに賃貸して大陸に移住し、昭和21年に帰国したが適当な住居がなく、あちこちを転々とした末、妻と二人の子は五坪の家屋を賃借し、Xはイスラム教の研究者であったので、日本イスラム友愛協会の事務所約二坪五合に居住し、Xの図書資料等はその姉の家に保管してもらっている状態で、本件家屋の明け渡しを受ける必要に迫られているということである。このように、Xに本件賃貸借契約の解除原因、解約原因があり、Xは昭和42年7月28日以来、数回にわたりYに対して解除解約の申し入れをしたので、賃貸借契約は終了した。

第一審（京都地裁昭和46年2月25日判決）は、Aの死亡後、その賃借権はBCによって相続されているが、YはBCの右賃借権を援用して本件家屋に居住することが出来るとして、Yの占有権原を認めると共に、Yは賃借人ではないから、Yが賃借人であることを前提とするXの主張は失当であるとしてXの請求を斥けた。X控訴。第二審（大阪高裁昭和47年6月6日判決）は以下のごとく判示して控訴棄却。「Yは、賃借人BCのため本件家屋を占有しているのであり、占有補助者というべきであるが、本件家屋をDEらに使用させたのは、YであってBCではないから、BCが無断転賃したことにはならず、BCの無断転賃を理由とする解除は理由がない。又、解約申し入れについては、その意思表示があったことにつき主張立証がない。したがって、XとBC間の賃貸借契約は存続し、Yはこれを援用して占有の正権原とすることが出来る。X上告。上告理由は以下のとおりである。

(1) 原判決は、転貸はYのしたことでBCに責任はないというが、長年DEらの使用を許したことはBCが賃借物保管義務を怠っていたものであり、それによって賃貸人、賃借人間の信頼関係は破壊されているから、無断転貸による解除を認めなかった原審の判断は違法である。(2) 解除の意思表示をするには、その解除理由を明らかにしてする必要はないのであるから、解除の意思表示があり、かつその際客観的に正当事由があれば、右意思表示は解約申し入れとなっているのである。原判決の無断転貸を理由とする解除の意思表示は解約申し入れと見ることができないとの判断は違法である。

最高裁は、以下のごとく判示して明け渡しを認める方向を示した。

「賃借人が占有補助者によって賃借物を占有使用しているときは、賃借人は、その占有補助者が賃借物に関してした行為につき、特段の事情のない限り、賃貸人に対して責任を負うものと解すべきである。しかるに原判決に徴すると、原審は賃貸人BCがその占有補助者として本件家屋に居住させているYにおいて、本件家屋をDEに転貸したことを認めながら、特段の事情を認定することもなく、賃借人自らがしたものではないというだけの理由で、右転貸につき賃借人らになんら責任はない旨判断したものであることが明らかであるから、原審の右判断は前述の法理に違背するものといわなければならない。」「Xは昭和46年5月8日に賃借人らに対して無断転貸を理由として賃貸借解除の意思表示をしたが、本訴においては解除理由として無断転貸を主張すると共に、右解除の意思表示をした当時借家法一条ノ二の正当事由が存在したから、右解除の意思表示には同時に同法同条の解約申し入れとしての効力もある旨主張しているのである。思うに、賃貸借の解除解約の申し入れは、以後賃貸借をやめるというだけの意思表示であり、その意思表示にあたり、いかなる理由によってやめるかを明らかにする必要はないのであるから、賃貸人がたまたまある理由を掲げて右意思表示をしても、特にそれ以外の理由によっては解除や解約の申し入れをしない旨明らかにしているなどの特段の事情のない限り、その意思表示は、掲げられている理由のみによって賃貸借をやめる旨の意思表示ではなく、およそ賃貸借は以後一切やめるという意思表示であると解するを相当とする。そうすると、その意思表示の当時、そこに掲げられた理由が存在しなくても他の理由が存在している限り、右意思表示は存在している理由によって解除解約の効力を生ずるものと解すべきである。それゆえ、たとえ無断転貸により解除する旨の意思表示がなされても、その当時、借家法一条ノ二の正当事由が存在しているときには、右意思表示は同時に同法同条による解約申し入れとしての効力をも生じているというべきである。」

この判例の判例評釈として、田尾桃二「無断転貸を理由とする解除の意思表示と借家法一条ノ二の解約申し入れ」・法曹時報・27巻1号・202頁・昭和50年、大

和田実「夫死亡後にひきつづいて借家に居住する内縁の妻の借家利用に関する行為につき、右夫の相続人（賃貸人。他所に居住し内縁の妻の居住継続を承認している。）は、特段の事情のない限り賃貸人に対して責に任ずるべきである。右内縁の妻が賃貸人に無断で自己の親族を同居させた場合に、賃貸人がなす無断転貸を理由とする解除の意思表示の相手方は賃借人であり、右意思表示は特段の事情のない限り、借家法一条ノ二による解約申入れとしての効力をも有する」・法学協会雑誌・92巻7号・140頁・昭和50年などがある。

8) 大阪地裁昭和26年10月5日判決・下民集2巻10号1163頁。

【事実の概要】

Aは昭和12年9月にB会社から本件家屋を借り受け、その際の賃貸借契約の条件は、一ヶ月の賃料55円、賃貸人の承諾なしに賃借権を他に譲渡または他人を同居せしむる等の行為を禁止し、敷金として額面600円の勸業債券を差し入れしめ、期間の定めなく賃貸するというものであった。昭和13年8月、XはB会社より右家屋の所有権を取得し、賃貸人としての地位を承継。Aは内縁の妻であるY1と共に、右家屋にて芸妓置屋営業をなしていた。昭和20年8月にAが死亡。Y2が選定家督相続人として昭和22年11月に相続届けを出した。

Xは、Y2がXの同意承認を得ずして右賃借権をY1に譲渡したことを主な理由として、右家屋賃貸借契約を解除した。これに対しY1は、右家屋をAと共に共同賃借していたこと、たとえ共同賃借したものではないとしても、Y2に対する解除は正当な解除原因を欠くものであるから、解除の効果は生じないと主張してこれに対抗。

ちなみにY2は、Aに相続人がなかったため家督相続人に選定されてその相続をなしたものに過ぎず、Aと共同生活関係にあったこともなく、全然別個に居住生活し、かつて本件家屋に居住したことはなく、また家屋を使用居住する意思も実益もないのみならず、本件家屋の現居住者であるY1らと生活上経済上全然没交渉であって、本件家屋の現実の利害関係は少しもない。

裁判所は以下のごとく判示して、明け渡しを認めなかった。

「……一般に家屋の賃借権は財産であることは肯定しなければならないから、被相続人の賃借権は相続人において相続することも一応肯定しなければならない。しかしながら、住宅用家屋の賃借権については、それが常に相続人の客体たり得るか否かは別の考察を加える必要がある。凡そ住宅用家屋の賃借権は、賃借人およびこれと共同生活をなす者が当該家屋を占有居住しうることを内容とするものであって、それはあくまで家屋の現実の利用関係を離れては考えられない権利である。したがって、若し賃借人の相続人が相続当時において別の家屋に居住し非相続人たる賃借人ならびにその共同生活者等と生活上なんらの関係もなく、当該

家屋に同居の必要も利益もなく、又当該家屋の賃借権と一体となった財産的利益（たとえば営業的権益）もないような場合には、家屋賃借権は相続の客体とならないものといわねばならない。……家屋の賃借人と共に該家屋において家族的共同生活を営むものは、賃借人の賃借権を援用して、居住権を主張しうるものであって、この居住権を主張しうるものは必ずしも賃借人と法律上親族関係というような身分上の関係のあるものに限定される理由はなく、社会通念上賃借人と共に当該家屋において共同生活を営むものと認められる者であれば足りる。而して、賃借人と共同生活をするものは、固有の権利に基づき独立占有をするものではなく、賃借人の賃借権を援用してその居住権を主張しうるに過ぎないと解すべきものであるから、賃借人の賃借権が解除、期限の満了等の事由により消滅した場合には、共同生活者の居住権もまた同時に消滅するものといわなければならない。然らば本件の場合のように賃借人が死亡し、然も相続人がその賃借権を相続しない場合はどうであろうか。この場合、賃借人の死亡という偶然の事実によって残る共同生活者の居住権が、一朝にして喪失を来すと考えることはまさに不合理であって、依然として居住権の存続を認むべきものであり、このことは、家屋賃借契約の内容として当然に包蔵されたものと解するを正当とする。而して、残る共同生活者のうち何人が賃借人の地位を承継するかはそれぞれの具体的事情に応じて決せられなければならぬ問題で、一般に共同生活者のうち、代表的立場に在る者（たとえば世帯主的立場に在る者）が死亡した賃借人の地位を承継すると見るのが正当であって……」。

9) 東京地裁昭和27年4月26日判決・下民集3巻4号591頁。

【事実の概要】

Xは本件家屋を昭和18年にAに賃貸。昭和20年、Aが死亡したので、Aの妻Bに賃貸。その後、昭和24年Bも死亡。YはBの存命中よりBの弟にあたるYの父CおよびYの夫Dと共に本件家屋の四畳半一室に暮らしていた。B死亡後もこの状態が続いていた。XはYが右家屋を不法に占拠しているとして明け渡しを請求。Yは当時の住宅事情の悪さを理由にこれに対抗。B宅にCDと共に同居した事実を述べ、これは民法612条に言う転貸ではあるが、Xの承諾はない、しかしこれは違法な転貸ではないと主張。その根拠は、賃借人が賃借権を有する限りこれに依拠する転借が違法性より放任されるからということであった。Bの相続人は二人の弟のみ（一時上京の弟EとYの父C）。最終的に判例は、CEの相続を否定し、その結果Yの転借権はBの死亡と共にその違法性放任の根拠を失い、Yは占有の正権限を失ったから、Xに対し、家屋明け渡しの義務があるとされた。

10) 東京地裁昭和27年11月26日判決・下民集3巻11号1656頁。

「およそ相続人は被相続人の一身に専属したものを除き、相続開始のときから被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継するものであり、家屋の賃借権の如きものも、被相続人の一身に専属するものでないことは明らかであるから、相続人は相続の限定承認若しくは放棄をなさざる限り相続により賃借権を承継し、賃借人たる地位を取得すべきものと解するを相当とする。」として、本件賃借権は、相続人が承継したことになるから、Yは相続人である父の賃借権の下に本件家屋に引き続き居住できるとしたものである。

11) 東京地裁昭和33年8月19日判決・家庭裁判所月報10巻10号64頁。

【事実の概要】

Yは昭和15年3月ころからAの内縁の妻としてAと共に本件賃借家屋に居住していた。賃貸人X1は昭和28年当時、Aに対し本件家屋を家賃月1000円で賃貸していた。その後X1は家賃を1500円に値上げしたいとAに申し入れたが、Aは本件家屋がひどく破損していたので、X1側でこれを修理してくれなければ値上げには応じられないとし、家賃は1000円に据え置かれていた。昭和30年Aが死亡。X1はYはAの相続人ではないから、Yによる本件家屋の不法占拠を理由として、家屋の明け渡しを請求した。A死亡後、X1入院中、X1の妻X2とその弟X3と、Yとの間に、家屋を修理するまでは家賃を月1000円として引き続き賃貸する旨の契約が成立しており、X側において、Yより家賃を受領している事実が認められている。

- 12) 賃借権者を一定の家族集団と見て、相続を否定する考え方には、まずその家族集団を家団と説くものがある。これは「賃借人とその家族とは当該賃借家屋を中心として一個の集団すなわち家団換言すれば一つの生活共同体を構成し、その生活共同体が当該家屋を占有しているものと見るのが最も社会の実態に即した観察である」とするもので、「このことは、家族関係に対する考慮が払われることから推論しうるところであり、賃貸人としては賃借人だけでなく、其の家族を含む一団の生活共同体を念頭に置いて賃貸借契約を締結するのを常とするのことも」うかがい知ることが出来るという。そして「かく考えてくれば、家屋賃貸借契約の実態は賃貸人、賃借人間の個人契約の外観を備えるにかかわらず、賃貸人と賃借人所属の家団との間に成立するものと解するのが妥当であろう」という。「このような見解にたてば、契約面に現れる賃借人は単に家団の代表者たる資格を有するに過ぎないものと解しうるのであって、従って代表者たる賃借人の死亡は家団の同一性に変更なきものと認められる限り、賃貸借契約の存続になんらの影響なきものといひ得るであろう。この場合家団の残存者は家団員の中から改めて適宜の者——多くの場合前主に代わって家団の主宰者となるべき者——を選出して代表者たるの地位に就かしめれば足りる。」また、「家団の構成員は必ず

しも賃貸借契約締結当初の構成員に限らず、身分関係その他によりその家団に所属すべきものと認められる限り、構成員の増減変更は家団の同一性に消長をきたさないものと解すべきである。」とする。そして、「家団員たる資格については、同居の家族がこれに入ることはいうまでもない。しかし、かつて家族の一員であった者であっても、現に他に一戸を構えて独立の生活を営んでいる者のごときは、特にその家団に加入する必要があると認められない限り、家団員たる資格がないというべきである。」という。(古山宏・「家屋賃借権の相続について」・判タ1号18頁, 19頁・昭和25年, 来栖三郎 = 高橋康之・判例民事法昭和25年度27事件・156頁～160頁)。

これに同調する学説で、家庭共同体説がある。これは、家団という言葉が「古い皮袋」の感を与えるのであれば、家団ではなく「家庭共同体」とでも呼ばばよいとの考えからのものであり、実質は家団説と変わらないが、指摘されてきた家団説の理論としての難点に答えたものである。まず、新民法の否定した「家」的な原理に近づく恐れがあるという批判に対しては、この説は共同生活をしている家庭の実態に最も適した法律構成をしようとするものであって、その家族構成員の数が多くあるべしとか、家父長家族であるべしとかいうことを全く意味しないと答える。次に、家族を法主体とすることをやめた、近代民法の個人単位の原則に反するという批判に対しては、家族は明文上法主体となっていないけれども、近代民法上、家族を実質上法主体のように扱うことが否定されているわけでもなく、否定されるべきだという根拠もないのだから、家族を法主体としても、それこそ近代法では構成員の主体性や自由平等が害されるわけではないから、少なくともそうならない限りでこのことは一向に差し支えないはずである、近代法が法人ないし権利能力なき社団、財団を認める以上、団体の法主体性は明らかに承認されており……と答える。また、なぜ居住用家屋の借家権だけが相続から除外されるのかの説明が困難であるとする点については、家団説は被相続人が借家権を有し、これが家団に承継される、といているのではなく、そもそも始めから借家権が家団に帰属しているといっているのであって、被相続人の死亡により、その帰属に変更があるのではなく、代表者が交代するに過ぎないというのがその主張の眼目であると答える。(この説の難点は、むしろ同居の家族の生活共同体を借家権の主体とすることにあり。) 第四の批判として、構成員の出入りが問題となるため、家庭共同体の同一性が保たれているかどうかという点が挙げられるが、これについては、構成員の一部が他出した場合は、使用関係の実体がそう変わらないと見られるからあまり問題にならないとした上で、家庭共同体の構成員が増加する場合が問題であると捉え、この場合の新しい構成員の使用可能性の根拠の説明は難しいとするが、援用説をとってもそれは同じで、家庭共同体説のほうが、

使用共同体としての実質が変わらなければよいと解する点において、いくらか説明がしやすいだろうと答える。家庭共同体説は要するに、家庭共同体が借家権の主体であり、契約名義人はその代表者であるという実体を有するから、それを反映するような解釈を出来る限りしようとするものであるとされる。そして、家団論、家庭共同体論は、一方では権利能力なき社團よりは、家庭が借家権を有する一種の「権利能力なき財団」とすることに近く、他方では他村（部落）持地に対する古典的入会権にある意味類似するとした上で、一般的にも、入会権が前近代の権利であるとしても、家庭共同体の法律構成に参考になる点があるのではなかろうかとされる。（星野英一・『借地借家法』・580頁～597頁・昭和44年・有斐閣）。

次に家庭共同体説を出発点としながらも、その欠点を除くために、これを居住保護の対象という見地からのみ捉えるという法律構成をとる借家庭共同体説を紹介しよう。人間に人間らしい生活を保障するという理念に基づく社会法として、市民法である相続法とは別個の考え方から、家庭共同体のうち居住という側面だけを切り離して捉え、法主体の面からも、家庭共同体の種々の側面のうち居住保護に限って捉え、すなわち借家人の家庭共同体を居住保護の対象としての法主体、つまり借家関係から生ずる一定の権利義務だけが帰属する法主体と観念することが出来、それで必要かつ十分とする説。家団論との違いは、家団論（家庭共同体論）が家庭共同体を民法上の取引単位としての法主体とする構成をとるのに対し、借家庭共同体論は、家庭共同体を社会法の領域における居住保護の対象とする構成をとる点である。（高翔龍・「借家権の承継（四）（完）」・法学協会雑誌・101巻8号・145頁～146頁・昭和59年）。

- 13) まず、この考え方のくくりには、判例の大勢の考え方である援用理論がある。賃借人の賃借権を援用して、そして賃借人の死亡後はその相続人の賃借権を援用して、内縁の妻子らの居住の保護を確保するという考え方である。この判例の考え方に同調する学説もある。（小野幸二・「内縁の妻らの居住権」・水本浩・田尾桃二編・『現代借地借家法講座第二巻借家法』・143頁・1986年・日本評論社、岡本詔次・「借家権の相続」・『民法講座V』・437頁・昭和60年・有斐閣など。その他援用理論を採る判例の評釈を参照いただきたい）。又、別の考え方として、死亡した家屋賃借人の内縁の妻子ら共同生活者に対し、独立別居している相続人の賃借家屋に対する占有補助者の地位を認め、これにより適法な居住権が承認されるとするものがある。（福島四郎・「住宅用家屋の賃借権と当然相続権の否認」・法学論集（関大）・4巻4号・95頁・昭和29年）。

次に、同居者への死因贈与を推定しようとする説を紹介しよう。死亡した賃借人が死にいたるまで同居し、生活を共同にしていたものに対し、彼の死後賃借家

屋から立ち退かせようと考えていたなどということは原則としてありえず、かえってその死後も変わらない賃借家屋の利用を望むのが一般であるから、現状のままそのことを持続させる法的な手段は賃借権の譲渡しかありえない、故に彼の意思を法的に構成すれば、賃借権の死因贈与意思とするほかないとする。その意思があり、このことは日常の共同生活の合理的解釈からもうかがえるとした上で、最もその死因贈与は黙示の書面によらないものであるが、賃借人の死亡時にその賃借家屋を共同使用していたのであるから、既に履行を終わったものと見て差し支えなく（民法550条）、賃借人もこの譲渡を拒絶し得ないとする。（高梨公之・『民法の基礎知識（2）』・144頁～145頁・昭和40年・有斐閣）。

又、同居家族の全てが相続人でないとき（内縁の妻とその間の認知されない子などであるとき）には、相続人は賃借権を相続するが、同居家族を立ち退かせることが諸般の事情から見て不当なときは、権利の濫用となるから、その場合には、相続人は同居家族に転貸または賃借権の譲渡をなすべきであるとする考え方がある。ただし、同居家族は元来賃借人と共に使用収益することができたものだからである。そして、相続人不存在の場合には、——形式論理的に言えば、相続財産法人と同居家族との間に先の転貸または賃借権の譲渡の関係が成立するわけだが、この法人は遺産の整理を目的とする名義上のものに過ぎず、相続人の利益として顧慮すべきものはないのだから——同居家族がそのまま（世帯主が賃借人となって）賃借人の地位を承継すると解すべきであるとする。（我妻栄・『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』・483頁～484頁・1957年・岩波書店）。

- 14) この考え方に属するものの一つとして、賃借権には交換価値的側面と土地または建物を現実に使用収益することに関する用益的側面があり、前者は非属人的な財産権であるがゆえに、相続の対象となりうるけれども、後者は賃借人の現実の共同生活の主宰者たる地位と緊密に結びついているから、いわゆる一身専属の権利、義務たる性格を持ち、相続の対象とはならず、その用益的側面における賃借権の承継については、現実の共同生活の主宰者たる地位を承継したものが当然に賃借権を承継すると解するを相当とする説がある。（高島良一・「借地借家法序説（5）」・判タ49号15頁・1955年）。

これとは少しニュアンスの異なる説として、借家権も相続の対象となり、相続人がいれば被相続人と同居の有無を問わずその相続人が借家権を相続するが、内縁の妻のように被相続人と同居はしていたが、相続人ではない家族も家主に対しては、借家契約に内包されていた限りにおいて居住権を主張することが出来るとし、又、相続人が正当の理由がないのに相続人でない同居人に対して明け渡しを請求するのは権利の濫用となるから、同居家族の居住は相続人に対してもある程度まで保護されるとする説がある。もっとも、同居していなかった相続人は、家

主の承諾なしにその家屋に入居することが出来る。そして、相続人でない同居者は、原則としてその入居を拒むことが出来ないとする。又、相続人不存在の場合には、それまで背後に退いていた家団の承継の原理が表面に現れ、被相続人との同居家族で、その後の家族生活の中心となるものが借家権を承継するとする。(加藤一郎・『総合判例研究叢書 民法(1)』・237頁～238頁・昭和31年・有斐閣)。

又、借家人の居住の保護の面から、家屋賃貸借契約は賃借名義人個人と結ばれるというよりも、その家族世帯員を含む共同体との間に結ばれるもので、したがって、名義人が死亡してもその世帯員との間に賃貸借は継続し、その代表が名義人になるが、ただ名義人の賃料支払いに対する信頼性が違ってることが解約申し入れの正当事由に影響する事情となる面にも目を向け、殊に営業用の併用住宅などにおいては、これを無視できないとし、他の家屋に居住する相続人にも承継を認め、死者の居住していた家屋をどのように居住に利用するかは、その世帯員と他の家屋に住む相続人との協議で定めうることとし、この利用の仕方の変更は家主の解約申し入れの正当事由に影響する事情として考慮することとしてはどうかという説もある。(谷口知平・前掲注4・103頁)。

15) いわゆる居住権説である。

第一説。借家権は種々の点で財産権として通常考えられるものとは本質的に異なった面を持っているということから、借家法が保護の対象とする財産権より高次の権利として「居住権」を提案する。この場合の「居住権」は、「居住を継続することをみとめらるべき法的な地位」というような意味で用いられ、この概念が借家法上の諸問題を解決するために利用されうるとする。そして、居住権概念が具体的に適用される解釈論上の問題の最も重要な場合が、いわゆる「借家権の相続」についてで、これは家屋賃借権についてと居住権についてとの二つの問題に分かれ、まず、家屋賃借権は財産法上の権利であり、しかも使用借権についての民法599条のごとき規定は存在しないから、被相続人のほかの財産と共に相続法の一般原則にしたがって相続人がこれを承継し、その際には相続人が被相続人と同居していたか否か、又、相続人が一人か複数かは問われない。相続人でないもの(たとえば内縁の妻)は、たとえ被相続人と同居していたとしても家屋賃借権を相続することはないとされる。他方、居住権は生存権的なもので、借家人自身のみならず、その同居者も自己に固有な居住権を有し、同居者のこの居住権の合法性の基礎は、借家人と家主の間に存する賃貸借契約であり、けだしこの賃貸借契約締結にあたっては借家人の一定範囲の親族、家事使用人らが借家人の従として家屋を使用するであろうことは当然予想されているから、借家人の家族はこの賃貸借の民法上の効果として既に家主に対する関係において家屋に居住しうる地位に立っているとする。そして、借家人死亡に際して、同居者中に相続人がい

ないとき、すなわち相続人が同居者でないとき、または相続人不存在のときは、同居者固有の居住権が初めて前面に登場し、そのとき同居者の居住の合法性の基礎は一応存在しなくなるけれども、しかし、同居者は従来合法的にそこに住んでいて、その合法性が借家人の死亡という偶然の事情により失われたのに過ぎないのだから、この同居者の居住は保護に値するものと見られ、その限りにおいて居住の必要性が存在し、彼の居住権の合法性を基礎付ける家主との賃貸借契約が法によって与えられるとした上で、この点は明文の規定がないが、民法上の賃貸借関係消滅後も借家人の居住権に合法性を与えるため、法定賃貸借関係を創設する趣旨とみられる借家法一条ノ二の規定が類推適用されるべきであるとする。(鈴木祿弥・『居住権論(新版)』・59頁～74頁・昭和56年・有斐閣)。

第二説。居住権を「居住の継続を認められるべき地位」と解し、同居家族はこのような居住権を有し、これによって家主および相続人からの明け渡し請求に対抗しうるものと解する。同居家族がこのような居住権を有するのは、賃借人の死亡前においては、合法的に当該家屋に居住していた事実に基づくものである。すなわち、借家契約においては、賃借人の家族の同居ということは当然に内包されているのであって、それ故にその居住は合法的なものである。居住権なるものは、このように合法的に居住しているものが、居住しているという事実によって取得するところの、その居住を保護さるべき法的な地位である。したがって、同居家族の居住権は、賃借人から承継的に(相続にせよ、家団にせよ)取得したものでなく、賃借人の同居家族であることによって取得する固有のものである。この第二説の筆者は、同居家族は右のような居住権を以って、家主および借家権の相続人に対抗して、居住の継続を主張しうると考え、その根拠を借家法そのものに求める。すなわち本来、借家法を貫く根本原理を基準にして統一的に処理すべきであって、民法の賃貸借に関する規定はかかる借家関係にはそのまま適用される余地はないものとする。右のような借家法を貫く根本的な原理は、要するに、住宅の社会的に妥当な配分を図るという点に存する。このことを端的に示すものが、現行借家法一条ノ二の規定であり、住宅の配分すなわち入居者の決定は、全条一条ノ二の「正当事由」によって決せられるべきものである。居住権なる権利を認める必要も、このような住宅の社会的に妥当な配分の原理から生ずるものであり、家主の所有権および相続人の借家権と居住権との対抗関係も、一条ノ二の「正当事由」の有無によって決せられるべきである。民法より借家法が優越するという考えに基づく説である。以上のような観点から、借家権の相続の問題については、(一)同居家族でない相続人が、借家権を相続して入居する場合、家主がこれを拒みうるかについては、民法612条ではなく、借家法一条ノ二によって決すべきである。すなわち、家主(賃貸人)と相続人(賃借人)との双方の事情

を比較考量して、解約申し入れの正当事由ありや否やの見地から決すべきである。(二) 内縁の妻等の同居家族は、その居住権を以って家主および相続人に対抗しうる。しかし、その居住権が認められるかどうかは、やはり同居家族対家主、同居家族対相続人のそれぞれの対抗関係において、「正当事由」の有無によって決せられるべきである。同居家族は、賃借人の死亡によって一応居住の合法性を失うのであるが、その居住が正当性を有する限り、居住権を認められ、居住権の効果として合法性回復のため、相続人に対して借家権の譲渡または転賃を請求しえ、相手方はこれを拒み得ない（賃借人も承諾なき譲渡または転賃として解約し得ない）ものと解する。(三) 相続人不存在の場合も、右と同様に、相続財産法人より借家権の譲渡を受けうると解する、などと述べる。その上で、この問題は、賃貸借法の個人主義的法理と現実の家屋利用の家団的性格との矛盾が住宅難によって表面化したものであって、すっきりした解決は立法を待たねばならないと思われるが、差し当たりは現行法の解釈によって、妥当な解決方法を求めてゆかねばならず、その方向としては、借家権の相続性の否認か、さもなくば居住権の構成のいずれかによらなければならぬと結論付ける。(甲斐道太郎・「借家権の相続」・甲南論集・5巻4号・34頁～39頁・昭和32年)。この見解に賛同する説もある。(白羽祐三・「賃借権の相続」・『家族法大系VI相続(1)』・119頁・昭和35年・有斐閣)。

- 16) この見解はすなわち、血統継続的な無限家族の存続発展を前提とする従来の縦の共同関係という観念に基づく家産承継的な相続原理が支配的であった旧法時代ならともかく、昨今では、夫婦とその間に生まれた子とで構成される有限家族の死後扶養ないし無主財産の合理的分配という観念に基づく遺産相続の原理が漸次支配的になりつつあるのみならず、他方では、内縁の妻もまた、法律上の妻と同様、内縁の夫との関係においては事実的現実的な扶養ないし協力扶助関係にあり、社会的には共同生活者として承認されていることまたは周知の事実であるから、内縁の寡婦にもまた、内縁の夫の生前扶養されていたことに代わるべきものとして、また、その扶養関係の延長として、応分の相続分が認められるべきであるという考え方も可能ではなかろうかと説き、内縁関係は準婚関係であるとされながらも、実定法上内縁の妻に配偶者相続権を認めるまでには達しておらない現段階ではあるが、民法は、このような理論構成の下に、判例法上、それに準ずるものを認めることは差し支えないのではなかろうかという。(太田武男・『現代の内縁問題・内縁の研究続編』・181頁・平成8年・有斐閣)。この見解を準=相続権説と呼び、興味深いとする説もある。(久留都茂子・「賃借権の相続」・『契約法大系III』・204頁・昭和37年・有斐閣)。

- 17) 法務省借地借家法改正準備会は、昭和32年5月「借地借家法改正の問題点」を

公表したが、そこでは「賃借人の死亡による賃貸借の承継について」という表題の下で、内縁を含む配偶者および二親等内の親族の同居者を保護すべき旨の提案がなされ、さらに、昭和34年12月には「借地借家法改正要綱試案」を発表したが、ここでも居住者の保護をいっそう強化した次のような規定がおかれた。1 「居住の用に供されている建物の賃借人が死亡した場合において、その死亡の当時その建物に賃借人の配偶者または二親等内の親族（賃借人との内縁によりこれらの者と同様の関係にある者も含む。）が同居していたときは、その同居人（その建物が居住以外の用にも供されているものであるときは、その同居人および賃借人の相続人。以下「同居人等」という。）は、共同して賃借人の有していた権利義務（死亡前の借賃および敷金に関する権利義務を含む。）を承継するものとする。2 前項の同居人等がないときは、賃貸借は賃借人死亡のときに消滅し、賃借人の死亡前の借賃および敷金に関する権利義務は相続財産に属するものとする。」

ところが、昭和37年の秋からこれらの問題を正式の議題として取り上げ審議を重ねた法制審議会民法部会財産法小委員会は、昭和39年2月「借地法等の一部を改正する法律要綱」を採択したが、賃借権の承継については次のように規定し、その内容は先の改正準備会が発表した改正要項試案より相当後退したものとなってしまう。「居住用建物の賃借人が相続人なしに死亡した場合において、その死亡の当時その建物に賃借人と生計を一にする者が同居していたときは、その者は賃借人が有していた権利義務（死亡前の借賃および敷金に関する権利義務を含む。）を承継するものとする。ただし、賃借人の死亡後一月内に、賃貸人に対して反対の意思を表示したときはこの限りでない。」

この要綱は昭和41年法律第93号による借家法の一部改正に伴い新設された七条の二に大体そのまま引き継がれた。（小野幸二・前掲注13・144頁～145頁）。

- 18) 新しい借地借家法36条が旧借家法七条の二の内容をそのまま維持するという結論に到達するまでには以下のような流れがあった。（以下、この流れについては野村豊弘・「借家権の承継—改正見送りの理由・今後の方向—」・ジュリスト1006号・114頁～115頁・1992年・有斐閣に依る）。

まず、昭和60年1月に「借地借家法改正に関する問題点」が公表され、関係各界の意見照会が行われた中で、死亡した賃借人と一定の関係にある同居人が賃借権を承継するという考え方などについて意見が求められた。この問題点については、法務省民事局参事官室による説明が付されており、そこでは、この問題についての昭和35年要綱案内容が紹介されていて、相続財産性を否定すること、所有建物との均衡などの問題点が指摘されている。このような意見照会に対しては、同居者が賃借権を承継するという考え方に賛成する者が多いが、相続制度全体と

の整合性に留意すべきとする意見も見られた。

そして平成元年3月に「借地借家法改正要綱試案」が公表され、その中で、建物賃借権の承継については第二部借家法関係、第四建物賃借権の承継において、まず賃借人の二親等内の親族（配偶者を含む）または届出をしていないが事実上二親等内の親族と同様の関係にあるもので、賃借人の死亡当時賃借人と同居していた者が賃借人の権利義務を承継するものとされた。そして（注）において、このような賃借権の承継が行われないうちに限り、相続による承継が行われることを述べると共に、承継者の範囲をもっと狭くすることはどうか、建物が居住の目的以外に使用されていた場合には同居していない相続人にも賃借人の権利義務を承継させるものとするか、賃借人の承継人と相続人との間の利害関係の調整をどうするかなど、細かな検討問題が指摘されている。法務省民事局参事官室の説明では、試案は賃借人の権利義務が相続の対象であるという前提のもとに、配偶者に限らず、同居している一定の親族に優先的に建物賃借権を承継させる構成をとっているとされている。その理由は、建物賃借権には財産的価値があり、相続の対象からははずすことは適当でないこと、死者が建物を所有していた場合との均衡をはかる必要があることなどである。又、賃借人の死亡によって同居者が当然に賃借人の権利義務を承継するとした点についても、このような者に承継を請求させる構成による不都合を避けるためであるとされている。承継人と相続人との利害関係の調整については、承継による利益の評価、借家関係の終了時における補償規定を置かないこととの均衡、相続法上の諸問題との関連、などの問題点が挙げられている。この試案については、賛成の意見も多かったが、異論も述べられていた。

法制審議会では、平成3年2月に借地借家法案要綱を決定し、それに基づいて借地借家法案が作成され、国会での審議を経て、同年9月に法律として成立したが、この法案要綱では要綱試案の中で示されたもののうちいくつかの点が見送られ、建物賃借人が死亡した場合に同居者がその権利義務を承継することも見送られたものの一つであり、その理由は、更なる検討の余地があると考えられたことである。

- 19) *Braschi v. Stahl Associates Company*, Court of Appeals of New York, 544 N.Y.S.2d 784,543 N.E.2d 49 (1989).

【事実の概要】

上訴人 Y は A と共に家賃統制されたアパートメントで1975年の夏ころから A が亡くなる1986年9月まで暮らしていた。1986年11月、被上訴人 X でアパートメントビルの所有者は、Y に対し、登録上のテナントは亡くなった A であるから Y にアパートメントを占有する権限はないと通知した。1986年12月、X は再

度 Y に契約の満了を通知すると共に、アパートメントを一ヶ月で明け渡すよう伝えた。そしてアパートメントが明け渡されない場合には、X は Y を立ち退かせるための略式手続きを始めると告げた。

Y は訴訟を提起して、アパートメントを占有する本案的差し止め命令と占有する資格を持つことの宣言を求めた。Y は、訴訟原因を示すよういわれたので、その後暫定的差し止め命令に移行し、訴訟係属中に、Y が 9 New York City Rent and Eviction Regulations 2204.6 (d) (以下 9 NYCRR2204.6 (d) と略す。) の意味の範囲内で A の家族のメンバーであったと裁判所が決するまで、X に対し Y をアパートメントから立ち退かせることを禁ずるよう要求。二人の男性の関係の性質を検討したあと、最高裁は Y が A の家族メンバーであり、したがって、暫定的差し止め命令が出されるべきであると結論付けた。裁判所は Y と A の関係で、長期 (10年) にわたる相互依存の性質は家族に値するとした。

Appellate Division はこれを破棄。9NYCRR2204.6 (d) の下で立ち退き請求から保護されるものは、「家族メンバーで、伝統的な法的に認められた家族的な関係の範囲内にあるもの」のみと解釈した。Y と A の関係は、法によって正式に認められたものではなかったので、裁判所は Y が立ち退き請求からの保護に関する条例の恩恵にあずかることは出来ないと判示。我々は今これを破棄する。

ここで問題が生じているのは、家賃統制法で家族についての定義がなかったことと、立法府がその歴史上、立ち退き請求から保護する規定についての言及を欠いていたことを原因とする。知られているのは、家賃統制法の全体の根底にある目的のみである。第二次世界大戦終結の影響で生じた住宅不足を緩和するために緊急の方策として企図された家賃統制法であったが、その後しばらくその社会全体の緊急事態は続いていたので、立法府は引き続き家賃統制法を採択して、テナントを保護する必要があると判断していた。そして、家賃の統制と共に、立ち退きも同様に規律統制されるべきであると判断した。9NYCRR2204.6 (d) は、登録されていたテナントの死亡後に、家賃統制されていたアパートメントを占有していた人で、同時に「死亡したテナントの生存配偶者、あるいは死亡したテナントの家族の何らかの他のメンバーで、テナントと一緒に暮らしていた人」を立ち退き請求から保護することを規定する。この規定の目的は、登録されたテナント以外の狭いクラスの占有者を立ち退かせる賃貸人の行動を制限することにある。テナントの保護に好意を示すこの意図と共に併記されているのは、「大家とテナントの間の規律から、自由な取引における通常の市場への漸進的な移行」という全体的な目的である。

この後者の目的を強調して、X は 9NYCRR2204.6 (d) で使われている「家族メンバー」という言葉は、この州の無遺言相続法と一貫して、不動産に関する秩

序正しい相続の全体的な目的を首尾よく成し遂げるために、血縁、血族関係そして養子縁組の関係を意味するよう解釈されるべきであると主張する。この解釈の下では無遺言相続の法の下で相続する権限を与えられているものだけが、立ち退き請求からの保護の恩恵にあずかることとなる。更に Appellate Division がそうしたように、X は Y と A の関係が、立法府によって法的地位を与えられたものではなかったから、それは 2204.6 (d) の規定の保護に値しないと主張する。Appellate Division によれば、2204.6 (d) は '伝統的な法律上認められた家族的な関係の範囲内の家族メンバー' にのみ適用されるのである。

我々は、家賃統制法における立ち退き請求から保護する規定の目的は、不動産に関する秩序正しい相続を、我々の州の無遺言相続法の下で生じる相続に類似の形でコントロールすることであるという X の主張を却下する。立ち退き請求からの保護の規定は、不動産の相続とは関係ない。寧ろそれはある一定のグループの占有者らを突然の住居の喪失から守る手段である。その規律は、譲渡できる財産権を創造しない。そして更にその規律は、無遺言相続法と同一の広がりを持つよう解釈される必要もない。更にそのような解釈は、家賃統制システム全体の目的と一致しない。なぜならば、その解釈は遠い血族で死亡したテナントと実際には表面的な関係しかないものに保護を与え、生前のパートナーに対する保護を否定してしまうからである。

Family という用語には、たとえば婚姻証明書、あるいは養子縁組命令を取得することによって家族関係を形成してきた人々だけが含まれるということではなく、又、家族は擬制的な法的特徴や遺伝子学上の歴史によってのみ決まるものではなく、家族か否かを決めるのは家族生活の現実である。立ち退き請求においては、家族というものに関する見解は、二人の成人の生前のパートナーで、彼らの関係が長期にわたり、感情的で財政的な献身と相互依存によって特徴付けられているカップルを含むとされている。この見解は、我々の社会の伝統的な family の概念とそのような nuclear units に暮らす個々人の期待の双方に適合する。……'family' という用語を使う際には、立法府は、ある世帯に暮らす人々で、通常の家族的特徴の全てを持つものたちに保護を拡大する意図を持つ。Y にはしたがって、A とそのような世帯を持っていたことを立証する機会が与えられるべきである。……

個人が立ち退き請求からの保護の権限を与えられているかどうかについての決定は、当事者らの関係の客観的な検討に基づくべきで、その評価をなすにあたっては、関係の排他性、継続期間、感情的、財政的献身のレベル、当事者の毎日の生活様式、社会に対して自分たちの関係を公にしていたこと、毎日の家族サービスのための互いの依存度などが考慮される。

Y と A は永久的なライフタイムパートナーとして10年以上共に暮らし、互いを配偶者と認め合い、友人と家族にもそのように認められていた。二人の男性の家族は、二人の関係の性質を理解し、カップルとして互いの家族を定期的に訪ね、共に家族の機能を果たしていた。Y は今でも A の姪と交流があり、彼女は Y を叔父だと思っている。これに加えて Y は本件アパートメントを自身の居所と考えていて、免許証もパスポートもこの住所にしていた。郵便物もこの住所で受け取っていた。財政的にも二人は世帯の予算を含む全ての義務を共有。共同名義の銀行口座、クレジットカードもあった。賃料はしばしば共同預金口座から支払われていた。加えて、A は Y の有利になるように power of attorney を作成。Y は生命保険証書で指名された受取人でもあった。また、Y は A の第一受遺者で共同遺言執行者でもあった。

この判例には解説として篠原光児・Braschi v. Stahl Associates Co., 74 N.Y.2d 201,543 N.E.2d 49,544 N.Y.S.2d 784 (1989) 一賃借人が死亡した場合に引き続きその借家に居住することができる」とされる同居の「家族構成員」に、gay life partner は含まれるか・アメリカ法1991-2・282頁～287頁がある。

- 20) 「多数意見は family の定義を拡大解釈するものを採用してしまった。そうすることで、その定義はグループ (class) を不明確に拡大し、family の中に、制定法上のテナントに対して感情的そして財政的な‘献身’があったと管理者が満足することの出来る誰をも含むことにしてしまった。その解釈は、rent regulation の根底にある法の体系と一貫しない。9NYCRR2204.6 (d) の意図された目的をはるかに超えてしまう。」
- 21) Penobscot Area Housing Development Corp. v. City of Brewer, Supreme Judicial Court of Maine, 434 A.2d 14 (1981).

【事実の概要】

私的な非営利団体で最近では知的障害を持つ市民に対して住宅を提供していた Penobscot Area Housing Development Corp. は、City of Brewer に対し、六人の成人と年長の未成年者らのためのグループホームを、Boarding Home By the State として許可してもらうよう求めて申請したが、Brewer の役人はこの申請を却下。Corp. は本件物件を六人の知的障害者を持つ人たちで、‘約二名’のフルタイム被雇用者によって監督される者たちのグループホームとして使うことを意図して申請していた。却下の理由は、Corp. の物件の使用目的が地域の条例 (zoning ordinance) の single family の要件を充足していないからというものであった。Corp. が提訴。Board of Appeals は役人の決定を支持。その理由は、やはり申し立てられた使用目的が条例の下での single family use としては分類されえないからというものであった。これを受けて Corp. は Superior

Court に対して決定の審査を求めた。原告は、Superior Court が Board of Appeals による条例の解釈、適用を支持したことに対して異議を申し立てた。問題となった条例における Family の定義は以下のとおりである。「Family」は、単独の個人で、自炊し、独立の housekeeping unit として該物件に住んでいるか、複数の人々の集団で、誕生、婚姻あるいは他の家族的結合 (domestic bond) に基づく家族的関係の中で、彼らで自炊し、独立の housekeeping unit として物件に住んでいる者たちのことを言う。家族的結合は寄宿舎、食事なしの下宿屋、クラブ、友愛会、社交クラブあるいはホテルなどを占拠するグループとは区別される。」審理の後、Brewer の Board of Appeals は知的障害者のグループホームはこの条例に言う family に該当しないと結論付けた。

原告は、グループホームの居住者らが、共に生活し、共に働く中で、居住者らの間に一定の関係を確立し、それが条例に言うところの家族的結合の要件を充足していると主張する。しかし、我々はこの主張を却下する。なぜならば、家族的結合 (domestic bond) の概念の中には、伝統的な家族的な構造の中における権力者の存在が含まれ、その権力者は独立の housekeeping unit を維持し、他の生活者 (居住者) の行動と義務を規律する責任を負う者であり、又、正当な地域地区規制 (zoning) の利益を守るために、家族の価値と家族のライフスタイルとが一貫する方法で家族の行動を安定させ、調整するという務めを果たすが、本件グループホームには、監督者が居住しておらず、又、交代でその役割を果たしているため、伝統的な家族の設定において親に類似の役割を果たし、物件に居住する中心的権力者が明らかに欠けるから、我々はこの原告の主張を却下するものである。事実上、家族的結合が居住者間の生物学的、あるいは法的関係に基づいていない場合は、比較的永続的に常時居住する権力者がその家族的結合の中に存在するということの重要性が特に意味を持つてくる。

婚姻や誕生に基づく関係と同様に、家族的結合 (domestic bond) の概念もまた、居住者らの関係において団結性と永続性の特徴を持っている。それは、寄宿舎や友愛会やクラブあるいはホテルゲストのメンバーらの間に典型的に存在するそれよりも大きなものである。しかしながら、本件グループホームには、居住者らは、「誰が居住者として入居するのか、あるいは他の居住者がいつ転出するのかの選択」についてコントロールが出来ないという点があり、又、居住者のグループホームへの平均的滞在が一年から一年半、そして何人かの居住者らは最終的に里子、病人などを預かる家庭 (foster homes) に移転したという事実があり、これらのことは、居住者間の永続的団結力ある関係の発展とは一貫しない。特に権力者がいないという点において顕著である。したがって、本件グループホームの結合の様子は、単独の家族というよりも、寄宿舎とかクラブや友愛会のメンバ

一の関係に近いのだろう。

また本件グループホームにおける会社とスタッフは、居住者らの行動を計画し、管理運営をし、スタッフメンバーは食事を準備し、掃除、洗濯や他のサービスを提供する責任があったので、これらはなほだしい外部の援助が家族の管理と運営においてなされることは、グループホームの家族としての性質を損なうことになる。

以上のことから、Corp.の提案する本件グループホームは家族的結合の定義上の規準を充足していない……。

22) Borough of Glassboro v. Vallorosi, Supreme Court of New Jersey, 568 A.2d 888 (1990).

【事実の概要】

十人の無関係の大学生で、被告の家に住んでいるものたちが、限定的な目的別地域区分条例 (zoning ordinance) の定義の範囲内での 'family' を構成するかどうかが本件の争点である。

条例は、そのような地区の居住者を、安定的、恒久的 'single housekeeping unit' で、'伝統的な家族共同体 (family unit)' かそれと機能的に同じ unit を構成するものに限定する。Chancery Division は、この学生のグループのメンバーの関係は、そして、彼らの生活状況は家族の一般的な性質を示すとして、Borough の命令的救済を否定した。Appellate Division はこれを是認。我々は、Appellate Division の判断を支持する。

1986年7月、Borough は Glassboro State College の学生たちの騒々しい週末のパーティーに対応するため、その zoning ordinance を改正した。その際の 'family' の定義は以下のとおりである。「family とは、一人以上の人で、非営利の housekeeping unit として家屋を占有していて、安定的恒久的 living unit として一緒に生活しているもので、伝統的な family unit あるいは機能的にそれと同じものであること」

1986年6月、被告は被告の弟 P のために家を購入。P は九人の友人と共に家を共有。1986年9月上旬、学生たちは新しい家に引越した。家には一つの大きな台所があり、それは十人全ての学生によって共有されていた。学生たちはしばしば小さなグループになって一緒に食事をしていた。互いに料理もしていた。そして、家事や買い物、庭仕事を共同で行っていた。又、共通の当座預金があり、そこから生活費や食費を支払っていた。電話も共有。卒業後どうするかは不確定であったが、学生たちは大学に在籍している限りテナントとして家に残りたいと考えていた。

1986年9月、Borough は学生による家の使用と占有に対し、差し止め命令を

求めて訴訟を開始。原告は、家の占有者（十人の学生）が Borough の条例で定義されている ‘family’ を構成しなかったと主張。被告はこれに対し、条例は、Municipal Land Use Law によって認定されておらず、又、条例が物件の使い方よりも、むしろ class of people を規律していたという点において、New Jersey 州憲法に違反していたと主張。Chancery Division は条例の合憲性を是認。しかし、学生間の関係は ‘安定性と恒久性を示し、そして機能的に family と同等のものとして説明されうる’ と結論付けた。Appellate Division は事実審の分析をもとにこれを是認。

本州の裁判所は、‘住居状況における反社会的行動を是正あるいは防ぐこと’ を意図する zoning ordinance を無効にしてきており、これは確立された法的原則である。そして我々は ‘一つの家族の住まいの概念は、その single housekeeping unit としての性質に基づいている’ という原則に同意する。……又、最終的に、我々は、条例で ‘family’ という単語を血縁、婚姻、あるいは養子縁組によって関係する人たちに限定するものは、‘due process の要求を充足’ 出来ないと判示し、そして我々は ‘single family’ という単語を ‘single housekeeping unit’ と同一視する規定に好意を持つ。

したがって、我々の判例は、無関係の人たちが住宅として建物を占有することを血縁、婚姻あるいは養子縁組で関係する個人々人による占有と比較して、不合理に差別する規定を採用しないことにしている。又、我々の判例は、zoning regulations が single housekeeping unit のみに、ある一定の居住地域の使用方法を限定することを認める。しかし、使用方法が single housekeeping unit に資するかどうかを決定する基準は機能的でなければならないし、更に、関係している人たちが、関係していない人たちのいずれかに当てはまることが可能でなければならない。

我々が本件条例が合憲かどうかを考える必要はない。我々の目の前にある狭い争点は、これら十人の学生による被告の住居の占有が、Glassboro の条例によって定義されているように、single housekeeping unit を構成していることを是認するために、この記録上に十分に信頼の出来る証拠があるかどうかという点である。

本件の状況は普通ではないが、我々は Law Division の規律を是認する適格な証拠を見つける。矛盾しない証言が、十人の大学二年生が三年間同居し、その条件が実質的に条例の要件である ‘安定的で恒久的な living unit’ に相当するものであることという計画を反映する。計画を促進するために、家は学生の一人の親族によって購入されていた。学生らは、食事を共にして、家事を共同負担、共通の資金から支出費を支払っていた。学生らは、四ヶ月のリース契約に署名してい

るにもかかわらず、リース契約は学期の終わりに家が‘万全’ならば更新可能であった。更に学生らは、就学中は家にとどまりたい意思を表明しており、事実審の時点までに反対の意思を表明する重大な証拠もなかった。学生らの占有は、Pの退学のため、1988年9月に終了した。

学費と学生生活と学生の関係の様々な性質が、簡単には安定した潜在的に耐久力のある家族の構造を導かないという共通の経験上の問題があるが、しかしながら、我々は本件事実において、Law Divisionが出した、問題の占有が‘安定性と恒久性を示し、家族と同等の機能を持つものとして証明されえた’という結論を争うことが出来ない。

騒音や他の社会破壊を伴う態度は zoning に関する条例の枠の外で最善に規律されなければならない。それはたとえば、general police power ordinances と criminal statutes であったりする。Zoning に関する条例は、居住状態における反社会的行動を救済し、防ぐことを意図しているわけでも、期待されているわけでもない。

23) *Hann v. Housing Authority of the City of Easton, United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, 709 F.Supp.605 (1989).*

【事実の概要】

本件の争点は、地方の住宅当局が、申請者が法律婚をしていないということのみに基づいて低所得者用住宅手当の補助の申請を否定できるかどうかである。

原告である X 1 X 2 は正式な婚姻をしていないが、三人の子の実親である。Housing Authority of the City of Easton (HACE) は、州により認可された公的住宅斡旋機関である。HACE は低所得者用住宅ユニットを所有運営していた。ペンシルベニア州の Easton という町の Section 8 Program も管理する。被告 Y1 は HACE の幹部ディレクター、被告 Y 2 は HACE の Section 8 Program のコーディネーターである。

United States Housing Act of 1937 (USHA) の Section 8 の下で、Department of Housing and Urban Development (HUD) は、Public Housing Agencies (PHAS) と annual contribution contracts を締結。PHAS は低所得のテナントの賃料の支払いの援助をする。PHAS は、申請者がこのプログラムに参加する適性があるかどうかを決する責任を有する。PHAS は、申請者の財政的適性と家族としての地位を検討する。適性のある申請者には、Certificate of Family Participation あるいは受領証が発行される。一度適性が確立されると、そして受領証あるいは証明書が発行されると、テナントの選択は個人の大家に残される。

原告 X 1 X 2 は二人の未成年の子（四歳と一歳）と共に暮らしていて、その

ときにアパートが立ち退きの通知を受けた。被告 Y1 は公的ミーティングにおいて、HACE は HUD から権限を取得し、それは、mass eviction（多数の立ち退き）によって強制退去させられたであろう適性ある申請者に対し、住宅受領証を発行する権限であると宣言した。

原告 X1 X2 は援助を申請したが、その申請は却下された。なぜならば、HACE は‘我々の Authority はコモン・ローの関係を受容しない’と述べたからである。HACE のコミッショナー委員会によって採択された結論の下で、HACE は‘family’ という用語を USHA と HUD の規制で使用されているように解釈し、その意味は、‘二人以上の人々で、家屋と一緒に住み、血縁、婚姻あるいは養子縁組で係わり合いのあるものたちである’ というものであった。X1 と X2 は婚姻していなかったため、HACE は彼らと彼らの子らが family を構成すると認めることを拒絶した。

HACE は、被告 HACE の family の定義に関するポリシーの理由は、HACE のコミッショナー委員会が、婚姻していない異性の成人が一緒に住むこと（同棲）は不道德であると信じていることであるとした。

ここでの私の課題は、被告の限定的な family の定義が認められるかどうかを決することである。

被告の限定的な family の定義はいくつかの理由により却下されなければならない。第一に、HUD は子供のいるカップルは未婚であってもしばしば積極的な家族状況を創造することが出来ると認識している。そのようなカップルに対し、公的住宅補助を否定することは間違っているだろう。第二に明白なのは、いくつかの法域において、住宅当局は現在定期的に同棲するカップルに対し、低所得者用住宅供給に参加することを認めていることである。第三に、被告の定義は限定的なので、州法の下でより伝統的な婚姻と同等のものとして認識されているコモン・ローの関係を排除してしまうだろうということ。最後に、経験的な証拠から、援助された住宅から婚姻していないカップルを排除することは、不合理であろう。なぜならば、そのようなカップルの数は1986年には220万組に上り、その内の30%が子供と暮らし、そのような世帯は低所得者層に偏る傾向にあるからである。それだけの大きなグループの人々を、賃料補助のプログラムから排除することは常識はずれである。これらの個々人と無実の子らに対し、USHA によって約束された安全で清潔な住宅へのアクセスを否定することは議会の意図するところではない。

私は、婚姻していないカップルを低所得者用住宅供給プログラムの適性からカテゴリーとして排除する実務は、USHA に違反するものと判示する。被告は全ての申請者で、血縁、婚姻あるいは養子縁組で関係していないものを、低所得者

用住宅から勝手に排除することは出来ない。被告らは、申請者が family unit を構成するかどうかについて個別の決定をなすことを要求される。

この訴訟における原告について言えば、彼らが家族の地位の権限を与えられていることは明らかである。原告らは婚姻していないが三人の実子がいる。X1は現在 X2 の母親と暮らしており、住宅が取得できればここに X2 と引っ越し予定である。二人に唯一欠けているのは婚姻証明書である。被告は USHA の政策の一つは、伝統的な意味での families を援助することであったと主張するが、その政策の持つどんな力も貧しい人々を保護するという Act の第一の目的には全くかなわない。

被告の持つ道徳的ビジョンは、その先見の明のなさによって阻止されている。私は、被告のように、確かに婚姻と家族の伝統的な概念を支持しているけれども、被告は貧しい人々の子らに対する彼らの政策のより広い意味を考えていない。婚姻証明書を取得しない親が、子に対して家のない人生を押し付ける世界は風変わりである。婚姻を拒絶する親にとってそれが道徳的であろうとなかろうと、賢明であろうとなかろうと、私は、両親の罪が子らに及ぶことを許すことは出来ない。この判例は、法律婚をしていない場合に子の利益を優先的に直接的に考えているように思われるが、フランスでは、法律婚を前提にしての議論ではあるが、家族の住宅 (logement de la famille あるいは logement familial) についての規定の多くが夫婦の立場からのもので、未成年の子の利益は必ずしも十分に考慮されていないようであり、夫婦の利害の調整を通じて間接的に子供が住宅に関する保護を受けることになるといわれている。(フランス法について野村豊弘・「フランス法における家族の住宅について」・学習院大学法学部研究年報14号・276頁・1979年)。

24) 大阪地裁昭和26年10月5日判決・下民集2巻10号1163頁。

25) 同性愛には、倫理的、宗教的な問題が潜んでいる。

26) この点から、法律婚を重視するか否かの問題が浮上する。

アメリカ法には、家族の核が婚姻ではなく親子関係にあると見て、今後はこの親子結合を強化するためにどんな政策が必要であるかを考えることに焦点を当てるべきであるとして、法律婚を重視しない考え方がある一方で、引き続き法律婚によって創造される家族に意味を見出すべきであるとする学説もある。(LESLIE JOAN HARRIS, JUNE CARBONE, LEE E. TEITELBAUM, FAMILY LAW at 6-8. (4th ed.2010)).

27) 大阪地裁昭和38年3月30日判決・判時338号34頁。

28) 遺留分制度には二つの側面があり、それは遺言の自由で二つの側面があることに対応している。遺言の自由は家族外の者へ財産を処分する権能として作用する

- 側面と、法定均分相続の下にあって、諸子間の平等を排し、たとえば長男の単独相続を実現する権能としても作用する側面がある。このことに対応して、遺留分は、財産を家族に留保する作用と、諸子間の平等を確保する作用を持つ。(来栖三郎・「養子制度に関する二三の問題について」・『来栖三郎著作集Ⅲ家族法』・89頁・2004年・信山社(原典は穂積先生追悼論文集『家族法の諸問題』・239頁～277頁・1952年・有斐閣))。
- 29) 筆者はかつて家族は「愛情、経済、血縁で結ばれているものと思われる」と述べた(拙稿・「日本法における遺留分制度の存続意義について—アメリカ法を参考にして—」・学習院大学大学院法学研究科法学論集16号1頁・2009年)が、それだけでは不十分であったと今では考えている。
- 30) 現在範囲縮小の傾向がある。(JESSE DUKEMINIER, ROBERT H. STIKOFF, JAMES LINDGREN, WILLS, TRUSTS, AND ESTATES, at 95 (8th ed.2009).
- 31) *Id.* at 2.
- 32) 「経済生活と保族生活という異なる原理によって支配され、その意味で対立している財産法と身分法が同じ民法の一部として統一され結合されているが、なぜに同じ民法の一部をなしているのか、そして、いかなる意味で一つの統一ある結合なのであるか、という問題の解明に踏み込んだ論文である」(三藤邦彦・「民法における財産法と身分法(一)～(三・未完)(解説)」・『来栖三郎著作集Ⅰ法律家・法の解釈・財産法』・366頁・2004年・信山社)と評される論文において、以下のごとき記述が見受けられる。「しばしば個人主義は家族間の美しい感情を破壊したと言われるならば、その破壊したと言われる美しい感情は「畏敬」であり得るかも知れないが、「愛情」ではない。何となれば嘗て家族はより固く結合していたとしても、それは——愛情が作用しなかったというのではないが——愛情を通してというよりは寧ろ経済的その他の理由によるもので、個人主義的家族並びに婚姻観こそ却って家族を人格的愛情によって結合せしめようと努めるのだからである。そして、寧ろ愛情という言葉の響きは動もすれば愛情が純粋なもの絶対なものと感じしめるにも拘らず、実は色々な制約を免れないところに、近代家族生活の美しさの半面に伴う脆さがあるのであろう。だから、所謂個人主義的形式の家族は、成員の個人人格の尊重の上に築かれはする。だが、近代社会の保族生活において経済生活における個人主義がそのまま支配するのだということには全くならない、否なり得ないのである。」(来栖三郎・「民法における財産法と身分法(一)」・同書・300頁～301頁(原典は法学協会雑誌・60巻11号・1771頁～1783頁・1942年))。
- 33) 明治民法下の養子法について言及する論文に以下のような記述を見ることができ。「更に離縁が簡単であるということも明治民法典の養子法の一つの特色で

ある。協議上の離縁も認められ（旧862条以下）、当事者の合意による届出によって成立した。裁判上の離縁原因も緩やかに規定された（旧866条以下）。両当事者の一方と他方の直系尊属との不和なども離縁原因として、明定されていた。にも拘らず、相対的離縁原因はみとめられなかった。それは何故であろうか。この問題は、離婚とパラレルに考えうるのであろう。相対的離縁原因をみとめることは、起草委員の如何によって、或いは養子にとって、或いは養子乃至養家にとって不都合と見られた。しかし、支配的な意見は、養子が嫌になったからといって養家を出てゆくことを制限しようとするにあったようである。いわゆる「法律上の離縁」をみとめ（旧876条）、また養親死亡後の離縁を許しながら（旧862条）、養子が戸主となったあとの離縁を禁じたことを考え合わせるべきであろう。だが、これらの点を考慮しても、諸外国の立法例に類例のない離縁の容易さである。その上、離縁の効果として、「当事者ノ一方ノ過失ニ因リテ離縁ノ判決アリタルトキハ其一方ハ他ノ一方カ自活スルコト能ハサル場合ニ於テ之ヲ扶養スル義務ヲ負フ」ということもない。離縁があればさっぱり他人となるのである。そこから知りうることは、日本社会における親族結合のルーズさである。それはとりわけ結婚と養子縁組について当てはまる。合わせものは離れものである。」（来栖三郎・「日本の養子法」・『来栖三郎著作集Ⅲ家族法』・117頁～118頁・2004年・信山社（原典は比較法研究・20号・1頁～10頁・1960年））。

- 34) 核家族の登場により確立された「個」相互をいかにつなぐか、社会構造の変化の中で新しい家族結合一連帯一のあり方いかんを模索し確立していくことは、むしろ緊急の課題であるとの指摘（三藤邦彦・「制度論からとらえた国民医療のあり方についての一試論」・『医事法制と医療事故』・218頁・2003年・信山社（平成元年度日本医師会医療政策会議報告付論・平成2年3月））の中で、そのつなぎの核となるのが、家族の和であろうと思われる。法定相続における血族相続も、遺留分制度も、家族の和を保つこと、大切にすることを訴え、又、それを担保する役割を担っているのではないかと思われるのである。
- 35) とはいうものの、民法上「家」制度継続中の時代には、家族に類似の人間関係が多く見受けられたようである。「人」が確立される過程について言及する講義案において、それに関する記述が見受けられる。（来栖三郎・「人」に関する講義案」・三藤邦彦『来栖三郎先生と私』・34頁・2010年・信山社）。そのような人間関係は、昔よりは希薄になったかもしれないが、今なお存在するのではないか。
- 36) 今言えることの一つは、家族の団体としての特徴は、愛情、血縁をその結合の基本媒体とする点ではないかと思われることである。家族の機能を重視するアメリカ法の学説はあるけれども。しかしこの点につき、家族社会学の分野では、

「私たちは家族のありようが歴史，社会的に構築されることを認識しながらも，いまだ，対の性愛と血縁で閉じた「核家族」を家族の自明の姿として考えることから自由ではなかった。そして，性愛や血縁のみを家族，親密さの基盤と考えてしまうことで，私たちの紡ぎうる親密さ，拠るべき生の基盤を構築する可能性は大きく減じられてきたのではないか。既存の家族関係の閉塞と家族をとりまく社会経済的変動の中で，人びとがより自由で豊かな生の基盤を築いていくために，これまでの「家族」像や概念を超えた構想が必要だ」と主張されている。（牟田和恵・『家族を超える社会学—新たな生の基盤を求めて—』ii頁・2009年・新曜社）。

（博士後期課程単位取得退学）